

University of Groningen

Hanteerbaarheid en notarieel recht

Brinkman, R.E.; ter Haar, J.H.M.; Hoops, B.; Kolkman, W.D.; Plaggersmans, A.D.; Schrama, W.M.; Kuipers, B.; Vegter, N.; Verstappen, L.C.A.; Visser, I.

Published in:
Hanteerbaar privaatrecht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Final author's version (accepted by publisher, after peer review)

Publication date:
2015

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Brinkman, R. E., ter Haar, J. H. M., Hoops, B., Kolkman, W. D., Plaggersmans, A. D., Schrama, W. M., Kuipers, B., Vegter, N., Verstappen, L. C. A., Visser, I., & Vonck, F. J. (2015). Hanteerbaarheid en notarieel recht: User friendliness and notarial law. In F. Brandsma, H. B. Krans, W. D. Kolkman, A. J. Verheij, L. C. A. Verstappen, & F. M. J. Verstijlen (editors), *Hanteerbaar privaatrecht* (blz. 83-152). (GCL-reeks). Boom Juridische uitgevers.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Hanteerbaarheid en Notarieel Recht

R.E. Brinkman, J.H.M. ter Haar, B. Hoops, W.D. Kolkman, A.D. Plaggersmans, W.M. Schrama, B. Snijder-Kuipers, N. Vegter, L.C.A. Verstappen, I. Visser, F.J. Vonck

Inhoud

1. Inleiding	2
2. Familierecht	3
a. Inleiding	3
b. Huwelijksvermogensrecht	3
i. Modernisering huwelijksvermogensrecht	4
ii. Koude uitsluiting	9
c. Ongehuwd samenleven	12
d. Erfrecht	16
i. Comparative succession law	16
ii. Minderjarigen en de zorg voor hun vermogen	17
iii. Toezicht op het bewind over het vermogen van minderjarigen	20
iv. Naar een efficiëntere rechtsbedeling	22
v. Tweetrapsmakingen	24
vi. Positie erfgenamen	25
3. Vastgoedrecht	26
a. Inleiding	26
b. Verbetering betrouwbaarheid Basisregistratie Kadaster	27
c. Naar een verbeterde vastgoedketen	35
d. Executieveiling	37
e. Verbeteringen in Boek 5 BW	41
f. Vereniging van eigenaars	43
g. Erfpacht	46
4. Ondernemingsrecht	50
5. Notariaat	51
a. Inleiding	51
b. Marktwerving in het Notariaat	51
c. Beleidsvisie Notariaat	53
d. Voorkomen van witwassen en terrorismefinanciering	58
6. Conclusie	58

1. Inleiding

De notaris is actief op drie deelgebieden van het recht: het familierecht, het vastgoedrecht en het ondernemingsrecht. Het Notarieel Instituut Groningen is vooral actief op de eerste twee.

In het familierecht, in het vastgoedrecht en in het ondernemingsrecht is hanteerbaarheid een belangrijk uitgangspunt, waaraan evenwel in deze drie rechtsgebieden uiteenlopende invulling wordt gegeven. Het Notarieel Instituut Groningen heeft op deze gebieden op verschillende wijze invulling gegeven aan dit thema. Op vele deelgebieden zijn studies gedaan naar wat in het recht niet goed functioneert en hoe daar verbetering in kan worden aangebracht. Daarbij is niet slechts gekeken naar hoe het recht in elkaar zit, maar vooral ook hoe het recht in de praktijk *functioneert*. Wat is er nodig om een goede rechtsbedeling tot stand te brengen? Welke processen voltrekken zich bij die rechtsbedeling? Is het recht daarbij faciliterend of juist blokkerend?

Het Notarieel Instituut Groningen heeft al zeer uitgebreid onderzoek gedaan naar hoe zich processen in de notariële praktijk voltrekken. Samenwerking is gezocht met ongeveer 80 auteurs uit het notariaat die voor een gezamenlijk project, dat al sinds 2004 loopt, hebben opgeschreven hoe het notariaat in de praktijk werkt. Dat heeft geresulteerd in een viertal zeer lijvige boekwerken: Handboek Boedelafwikkeling, Handboek Registergoederenrecht, Handboek Familierecht en Handboek Ondernemingsrecht.¹ Door deze praktijkhandboeken is diepgaand inzicht en kennis verworven en ontsloten voor de beroepsgroep, over hoe het werk van de notaris in de praktijk hoort te worden uitgevoerd en waarmee de notaris rekening moet houden bij de uitoefening van zijn ambt.

Hanteerbaarheid is geen dogma, maar wel een noodzakelijke voorwaarde voor een goed functionerend rechtsbestel. Tussen hanteerbaar en onhanteerbaar zitten talloze gradaties van min of meer beperkte hanteerbaarheid. Overal valt mee te leven, maar wij zoeken in het recht en in de rechtsbedeling naar het optimum. Dit optimum is niet zomaar gegeven wanneer iets hanteerbaar is. Het is uiteindelijk een afweging van factoren, waarbij de mate van hanteerbaarheid er één is. Het voorbeeld van de 'koude uitsluiting' als vermogensmodel in huwelijksvoorwaarden is hier sprekend: het behelst waarschijnlijk het meest hanteerbare systeem, maar is verre van wenselijk als hoofdmodel.

Kenmerkend voor het onderzoek zijn de 'governance'-benadering en de empirische componenten daarbij. Naast de klassieke beschrijving van het recht wordt ook gekeken naar hoe procedures in het recht werken. Deze aanpak brengt met zich dat inzicht moest worden verworven over empirisch onderzoek, dat contact gezocht moest worden met het beroepenveld en dat meer dan bij regulier rechtswetenschappelijk onderzoek de aandacht moest uitgaan naar methoden van onderzoek.

Het empirisch onderzoek werd vooral uitgevoerd aan de hand van questionnaires en diepte-interviews met standaardvragen, zoals met (vertegenwoordigers van) advocaten, notarissen en rechters (bijvoorbeeld in het kader van het onderzoek Koude uitsluiting). Maar ook grootschalige enquêtes zijn uitgevoerd, waaronder bij alle gemeenten in Nederland in het kader van het onderzoek naar de verbetering van de Basisregistratie Kadaster en bij alle notarissen in Nederland naar de praktijk van het maken van

¹ Elk handboek verschijnt in nieuwe druk eens in de twee jaar en elk handboek heeft een omvang van 1.500-2.000 pagina's. Het totale werk bevat ongeveer 1.000 modellen.

samenlevingsovereenkomsten. Gezocht werd ook naar reeds beschikbare data die het onderzoek zouden kunnen ondersteunen. Omdat rechtswetenschappers doorgaans niet geverseerd zijn in sociaalwetenschappelijk, empirisch onderzoek, hebben we diverse keren een beroep moeten doen op ter zake deskundigen of waren deze deskundigen onderdeel van onze projectgroep.

In deze bijdrage wordt de inbreng van het Notarieel Instituut Groningen aan het onderzoeksprogramma Hanteerbaarheid uiteengezet. Waarom werden bepaalde onderwerpen aangepakt? Wat is de relevantie van deze onderwerpen voor het onderzoeksprogramma? Welke zijn de uitkomsten van het onderzoek? Wat zijn de internationaal rechtsvergelijkende componenten daarin? En op welke wijze heeft empirisch onderzoek een plek gekregen in het notarieel onderzoek? De beantwoording van deze vragen treft de lezer aan in onderstaande compilatie van de resultaten van de bijdragen aan dit programma vanuit het Notarieel Instituut Groningen. Daarbij werd veelal gebruik gemaakt van de conclusies en bevindingen van de verschillende studies die zijn verricht.

2. Familierecht

a. Inleiding

Vanuit notarieel perspectief zijn in het familierecht het huwelijksvermogensrecht en het erfrecht het meest interessant, omdat hier de meeste raakvlakken met de dagelijkse praktijk van de notaris liggen. Boek 1 BW is zowat het meest aangepaste deel van het hele Burgerlijk Wetboek en we zijn eigenlijk pas net vertrouwd geraakt met Boek 4 BW, bevattende het erfrecht.

De agenda voor wat betreft hanteerbaar familierecht werd enerzijds bepaald door de actualiteit (modernisering huwelijksvermogensrecht en de invoering van het nieuwe erfrecht) en anderzijds de eigen interesse velden van de onderzoekers.

b. Huwelijksvermogensrecht

Het huwelijk, geregistreerd partnerschap en niet-huwelijkse samenlevingsvormen zijn de centraal staande leefvormen. De affectieve relatie tussen twee personen laat hun vermogen niet onberoerd. Of, en zo ja, welke afspraken worden gemaakt, is een zaak van de betrokkenen. Welke afspraken gemaakt kunnen worden, hoe die in elkaar zitten en hoe die in de praktijk uitpakken, is het terrein van de notaris. Hij ontwerpt huwelijkse voorwaarden en samenlevingsovereenkomsten. Twee beginselen staan centraal: onderlinge solidariteit en zorg om elkaar versus individualiteit en zelfontplooiing. De vrijheid om overeenkomsten te sluiten en het vermogensregime tussen partners naar eigen believen vorm te geven is het uitgangspunt van de wetgever. Maar de vraag is hoe al die vrijheid in de praktijk uitpakt.

Affectieve relaties zijn gericht op (en hebben ook meestal) een lange duur. Men kan voor het aangaan van de relatie al vermogen bezitten, maar het ook krachtens erfrecht of gift verkrijgen. Door gezamenlijke inspanningen wordt tijdens de relatie vermogen vergaard. Bij het einde van de relatie komt de vraag op wat kan worden behouden en wat moet worden verdeeld of verrekend.

Het aan de relatie ten grondslag liggend vermogensrechtelijk systeem is daarvoor bepalend. Bij het huwelijk voorziet de wetgever daarin, de ongehuwd samenwonenden kunnen dat in een samenlevingscontract overeenkomen. Als de relatie wordt verbroken, worden de gekozen vermogensrechtelijke systemen beëindigd en dan blijkt pas wat de gevolgen

precies zijn. Het geldende vermogensrechtelijke systeem tussen gehuwden of ongehuwd samenlevenden moet worden uitgevoerd en dat stelt de justitiabele en de rechtshulpverleners niet zelden voor vragen van uitvoerbaarheid. Hoe houden we uit elkaar wat van wie is en wat verdeeld of verrekend moet worden? Welke regels van bewijs en zaaksvervanging moeten worden gehanteerd? Wie bepaalt een en ander in geval van geschil? Maar ook: valt er nog wat te verdelen of verrekenen als echtelieden koude uitsluiting hebben afgesproken of ongehuwd samenwonenden in het geheel niets hebben afgesproken?

De afgelopen 18 jaar heeft het relatierecht sterk in de belangstelling gestaan. Belangrijke ontwikkelingen in de rechtspraak die mede aanleiding zijn geweest voor wetgeving, vooral rondom verrekenbedingen en koude uitsluiting in huwelijkse voorwaarden, én niet te vergeten de vraag of ons het hoofdstelsel, de algehele gemeenschap van goederen, behouden moet blijven. In vrijwel alle discussies rondom deze thema's ging het in meer of mindere mate om uitvoerbaarheid van bepalingen in huwelijkse voorwaarden en wetgeving. Over hanteerbaarheid dus.

i. Modernisering huwelijksvermogensrecht

Een reeds lang lopend project is de modernisering van het huwelijksvermogensrecht.² Thans is aanhangig wetsvoorstel 33 987, strekkende tot invoering van de beperkte gemeenschap van goederen. Dit wetsvoorstel kent een bewogen geschiedenis. De concrete aanleiding voor de hele wetgevingsoperatie inzake de modernisering van het huwelijksvermogensrecht was de invoering van het geregistreerd partnerschap in 1998. Door deze invoering is het toepassingsbereik van de regeling van het huwelijksvermogensrecht verruimd. Ingevolge art. 1:80b BW zijn de titels 6, 7 en 8 immers van overeenkomstige toepassing op het geregistreerd partnerschap. Vanuit de Tweede Kamer werd naar aanleiding hiervan de vraag gesteld of het huidige huwelijksvermogensrecht geen heroverweging behoeft.³ Deze vraag had ook betrekking op het hoofdstelsel.⁴ Een omvangrijk voorbereidingstraject is toen opgestart.⁵ Een en ander

² Eén van de onderzoekers, Leon Verstappen, is al sinds het einde van de jaren negentig van de vorige eeuw nauw verbonden aan vormgeving van het moderne huwelijksvermogensrecht.

³ Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1995/96, 23 761, nr. 7, p. 7.

⁴ Voor het voortraject van de moderniseringswetgeving en de eerste twee onderdelen daarvan wordt verwezen naar de memorie van toelichting bij het voorstel van wet inzake de wijziging van de titels 6 en 8 van boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (Rechten en plichten echtgenoten en geregistreerde partners, Kamerstukken II 1999/2000, 27 084, nrs. 1–3) en naar het rapport van de Commissie rechten en plichten van echtgenoten van december 1997. Het rapport is tezamen met de brief van de Staatssecretaris van Justitie van 23 december 1997 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal toegezonden (kamerstukken II 1997/98, 23 761, nr. 18) en gepubliceerd in A.L.G.A. Stille e.a., «Naar een nieuw huwelijksvermogensrecht?», Verslag studiedag FJR en KNB, gehouden naar aanleiding van het verschijnen van het rapport op 21 januari 1998 te Utrecht, serie Ars Notariatus, deel XCIII, Deventer 1999, blz. 63 e.v..

⁵ Door het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Justitie (WODC) is in het kader van de voorbereiding van het derde wetsvoorstel van het moderniseringstraject (nummer 28 867) aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht opdracht gegeven een rechtsvergelijkend onderzoek uit te voeren naar het huwelijksvermogensrecht in sommige van de ons omringende landen. Het rapport, dat onder leiding van prof. dr. C. Boele-Woelki tot stand is gekomen is bij brief van 14 februari 2000 aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal en gepubliceerd in «Huwelijksvermogensrecht in rechtsvergelijkend perspectief» in de serie Ars Notariatus, deel CIII, Deventer 2000. Naar aanleiding van dit rechtsvergelijkend onderzoek heeft het Ministerie van Justitie een notitie opgesteld met een voorstel tot aanpassing van het huidige hoofdstelsel. Dat is vervolgens besproken met deskundigen uit de rechtspraak en op 22 november 2000 is over het rechtsvergelijkend rapport en de notitie een studiemiddag te Utrecht gehouden. Naar aanleiding van deze studiemiddag is een bundel verschenen: «Algehele gemeenschap van goederen: Afschaffen!?» in de serie Ars Notariatus, deel CVII, Deventer 2001, waarin ook voormelde notitie is opgenomen.

heeft geleid tot het indienen op 7 mei 2003 van een voorstel voor een Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen (wetsvoorstel 28 867). Het wetsvoorstel steunde op twee pijlers: de regeling van economische deelgerechtigdheid van art. 1:87 BW en de overgang van algehele naar beperkte gemeenschap van goederen. Dit wetsvoorstel heeft in 2011 pas de eindstreep gehaald en is op 1 januari 2012 ingevoerd. Rondom beide voorstellen is breed en soms fel gediscussieerd in de literatuur.⁶ Het parlement heeft het er zwaar mee gehad, getuige alleen al de uiterst lange behandeltijd van bijna acht jaar. Centraal in de discussie rondom deze twee voorstellen stond de hanteerbaarheid van het stelsel, kortweg: is het wel werkbaar in de praktijk? Veroorzaakt het nieuwe stelsel niet te veel afwikkelingsproblemen? De Tweede Kamer bleek uiteindelijk best gevoelig voor het argument van de twijfel over de hanteerbaarheid van het voorgestelde stelsel en heeft de tweede pijler via het inmiddels beruchte amendement Anker onderuit gehaald.⁷ Art. 1:87 BW werd ingevoerd, maar de algehele gemeenschap bleef behouden.

Wie dacht dat de discussie rondom het huwelijksvermogensrecht daarmee zou verstommen, heeft het mis. Reeds in het jaar van invoering werden alweer initiatieven ontplooid om het voorstel om over te gaan naar een beperkte gemeenschap uit de kast te halen, hetgeen resulteerde in de indiening op 11 juli 2014 van het “Voorstel van wet van de leden Berndsen-Jansen, Recourt en Van Oosten tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet teneinde de omvang van de wettelijke gemeenschap van goederen te beperken”, kamerstuk 33 987. Dit wetsvoorstel met de daarbij behorende vervolgstukken is met behulp van Verstappen en een aantal andere deskundigen tot stand gekomen, na uitgebreide discussies met de desbetreffende Tweede Kamerleden.⁸ De discussie rondom het hoofdstelsel wordt dus voortgezet en bevindt zich thans in de Tweede Kamer in een beslissende fase. Het wetsvoorstel heeft geleid tot wederom een levendige discussie in de literatuur⁹ en diepgaande gedachtewisseling in het parlement. Op 23

Mede naar aanleiding van deze notitie is in opdracht van het WODC door het Clara Wichmann Instituut een Emancipatie Effect Rapportage (EER) verricht.

⁶ Zie Van Mourik, WPNR 1997/6274; Naar een nieuw huwelijksvermogensrecht?, Ars Notariatus, deel XCIII, Deventer: Kluwer 2001; Boele-Woelki e.a., Huwelijksvermogensrecht in rechtsvergelijkend perspectief, Ars Notariatus, deel CIII, Deventer: Kluwer 2001; Boele-Woelki (red.), Algehele gemeenschap van goederen: afschaffen!?, Deventer: Kluwer 2001; Over de eerste tranche: Kraan, WPNR 1998/6306 en 6307; Van der Burght, WPNR 2000/6409. Over de tweede tranche: Stille, JBN 2001, nr. 11; Van der Aa, De notarisklerk 2001, nr. 1396; Luijten, WPNR 2001/6432; Van der Burght, WPNR 2001/6437 en 6438; Wortmann, WPNR 2002/6477; Van Mourik, WPNR 2002/6499; Van der Weele, De notarisklerk 2002, nr. 1416; Over de derde tranche: Reinhartz, WPNR 2001/6459; Reinhartz, WPNR 2005/6614; Nuytink, FJR 2002, nr. 4; Breederveld, FJR 2003, p. 198-203; Breederveld, EB/TvS 2003, p. 165-170; Breederveld-de Voogd en Huijgen, WPNR 2004/6562. Van der Burght, Estate Planner, juni 2003; Van der Burght, Luijten en Meijer, WPNR 2003/6545; Van der Burght, Luijten en Meijer, Naschrift, WPNR 2004/6568; Luijten, Nieuw Erfrecht 2003, p. 16-17; Luijten, JBN 2004, nr. 8; Van Mourik, WPNR 2003/6545, p. 637 tot en met 644; Van Mourik, WPNR 2004/6568, p. 165 tot en met 167; Van Mourik WPNR 2005/6646; Nuytink, FJR 2003, p. 150-156; Vegter, WPNR 2003/6545; Vegter, Naschrift, WPNR 2004/6568, p. 184-185; Verbeke, WPNR 2001/6466; Verbeke, NJB 2001, p. 1987-1993; Verbeke, NJB 2001, p. 2185-2186; Verbeke, TPR 2001, p. 373-402; Verbeke, Krachtlijnen voor een wettelijk huwelijksvermogensstelsel, in: Boele-Woelki (red.), Algehele gemeenschap van goederen: afschaffen!?, Deventer: Kluwer 2001, p. 33-62; Verbeke, WPNR 2003/6545; Verbeke, WPNR 2001/6464; Verbeke, FTV 2003, p. 21-29; Verbeke, WPNR 2004/6568; Verstappen, WPNR 2003/6545; Verstappen, Reactie op de bijdragen in het themanummer ‘Exit algehele gemeenschap van goederen’, WPNR 2004/6568; Verstappen, JBN 2004, nr. 18.

⁷ Tweede Kamer, vergaderjaar 2007–2008, 28 867, nr. 14.

⁸ Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 2014–2015, 33 987, nr. 6, voetnoot 1; de andere deskundigen waren B. Breederveld, R. Meiners, A.J.M. Nuytink en A.H.M. Rieter.

⁹ N.C.G. Gubbels, Fiscale aspecten voorgestelde huwelijksvermogensrecht WPNR 2015/7069; A.N. Labohm, A.H.N. Stollenwerck, De onderneming(swinst) in het wetsvoorstel Aanpassing van de wettelijke gemeenschap van goederen, WPNR 2015/7057; T.J. Mellema-Kranenburg, Maakt wetsvoorstel 33987 huwelijkske voorwaarden overbodig of juist noodzakelijk?, WPNR 2015/7054; W.D.Kolkman, Het einde van het schuldeisersparadijs, WPNR

september 2015 is een Ronde Tafel gesprek over dit onderwerp gehouden en de plenaire behandeling wordt in het najaar van 2015 verwacht.

Het staat vast dat het Nederlandse stelsel van algehele gemeenschap van goederen sterk wordt bekritiseerd, zowel in binnen- als buitenland. Het belangrijkste kritiekpunt is dat het gemeenschappelijk maakt wat van nature niet gemeenschappelijk hoort te zijn, voorhuwelijks vermogen, erfenissen en giften. Die vermogensbestanddelen zijn niet de vrucht van de gezamenlijke inspanningen van echtgenoten *tijdens het huwelijk*, maar worden 'om niet' verkregen. Studies hebben aangetoond dat dit uitgangspunt van de wet niet logisch is en enquêtes wijzen uit dat dit niet is wat de mensen die gaan trouwen willen. Het is een maatschappelijk gegeven dat het aantal echtscheidingen nog nooit zo hoog is geweest: bijna 40% van alle huwelijksontbindingen op jaarbasis zijn echtscheidingen. Dit percentage is de afgelopen tientallen jaren enorm toegenomen. Zij die trouwplannen hebben moeten zich daarom terdege afvragen of men voorhuwelijks vermogen, erfenissen en giften van de eigen familie in geval van echtscheiding wil delen. Ook moet men zich afvragen of men wil meebetalen aan andermans schulden. Verreweg de meeste aanstaande echtgenoten beantwoorden deze vraag ontkennend. Vrijwel alle ouders, die vanuit een ander perspectief met dezelfde kwestie geconfronteerd worden (namelijk bij het maken van testamenten en schenkingsakten), beantwoorden haar ook ontkennend. De notariële rechtspraktijk wijst eveneens uit dat dit systeem op verschillende manieren structureel, door het maken van huwelijks voorwaarden, alsmede testamenten en schenkingsakten met uitsluitingsclausules, wordt gecorrigeerd. Nederland heeft voor zover internationaal bekend het hoogste percentage huwelijks voorwaarden en in vrijwel elk van de naar schatting 275.000 testamenten die jaarlijks worden gemaakt is een uitsluitingsclausule opgenomen. Veel mensen hebben er grote moeite mee, dat de helft van de erfenis of gift van de ouders in een echtscheiding moet worden afgestaan aan de ex. Ook begrijpt men niet waarom men moet meebetalen aan voorhuwelijks schulden van de andere echtgenoot.

Op enkele landen, die roots met Nederland hebben (Suriname en Zuid Afrika), na, bestaat het stelsel nergens op de wereld. We kennen wel landen die het hadden en naar een beperkte gemeenschap zijn overgestapt (Portugal en Brazilië), maar geen enkel land dat de algehele gemeenschap heeft ingevoerd. In geen enkel land op de wereld zijn mogelijke praktische problemen van de beperkte gemeenschap of het beperkt verrekenstelsel aanleiding geweest om de algehele gemeenschap in te voeren. Men vindt de discussie in Nederland hierover maar merkwaardig.

De European Commission on European Family Law (CEFL), het vooraanstaande internationale gremium van deskundigen op het terrein van familierecht in Europa, heeft in de in 2013 tot stand gekomen Principles of European Family Law Regarding Property

2015/7044; T.M. Subelack, Nieuw huwelijksvermogensrecht vanuit het perspectief van een echtscheiding(sadvocaat) WPNR 2015/7043; F.W.J.M. Schols, De gemeenschap van goederen alsnog beperkt, WPNR 2015/7041; W.G. Huijgen, Wetsvoorstel 33987: naar een beperkte gemeenschap als wettelijk stelsel van huwelijksvermogensrecht?, JBN 2014(11) 55, diens: Problemen rond de nieuwe beperkte gemeenschap van goederen: een vervolg, JBN 2015(2) 7, diens: Opnieuw: naar een beperkte gemeenschap als wettelijk stelsel van huwelijksvermogensrecht?, FTV 2014(10) 49, diens De nieuwe beperkte gemeenschap van goederen: nog meer problemenesignaleerd!, FTV 2015(1) 4; R. Barbaix, Een nieuw Nederlands huwelijksvermogensrecht? Geruststellende berichten uit het zuiden, FTV 2015(4) 21; S. Perrick, Het wetsontwerp strekkende tot beperking van de wettelijke gemeenschap van goederen schiet ernstig tekort, WPNR 2015/7069, met reactie B. Breederveld ; R. Meiners ; A.J.M. Nuytinck, A.H.M. Rieter en L.C.A. Verstappen en Naschrift van Perrick in hetzelfde nummer.

Relations Between Spouses, na een diepgaande vergelijking van de verschillende stelsels van huwelijksvermogensrecht in Europa, vastgesteld dat Nederland een absoluut buitenbeentje is en heeft als beste stelsels aanbevolen de beperkte gemeenschap en het beperkte verrekenstelsel. Bij de (parlementaire) discussie over wetsvoorstel 28 867, dat een gelijke strekking heeft als het onderhavige wetsvoorstel, is met kracht van argumenten gekozen voor de beperkte gemeenschap in plaats van een beperkt verrekenstelsel.

In de literatuur staat de juistheid van het principiële uitgangspunt van de *beperkte* gemeenschap van goederen dan ook eigenlijk niet meer ter discussie. De discussie concentreert zich rondom de vraag of de aanpassing van de algehele naar een beperkte gemeenschap praktisch *hanteerbaar* is. Daarbij lijken sommige auteurs te twijfelen aan de hanteerbaarheid van de nieuwe regeling en sommigen van hen gaan daarbij nog verder en betogen dat die twijfel aan invoering in de weg behoort te staan.¹⁰

Het is echter een volstrekt eenzijdige benadering om voor een afgewogen oordeel of het voorgestelde systeem ingevoerd zou moeten worden, alleen de vraag te stellen of het nieuwe systeem in de praktijk hanteerbaar is. Daar gaat het beslist *niet alleen* om. Bij de afweging of het nieuwe stelsel beter is, moet bijvoorbeeld ook in aanmerking worden genomen welke problemen het huidige stelsel veroorzaakt die in het nieuwe stelsel ondervangen worden. Die problemen zijn er legio, onder meer:

- het uitgangspunt van de algehele gemeenschap komt niet overeen met wat de huwenden als meest wenselijk ervaren;
- onnodig veel huwelijksvoorwaarden moeten worden gemaakt om het hoofdstelsel aan te passen;
- onnodig veel uitsluitingsclausules moeten in testamenten worden opgenomen om ongewenste vermogensverschuivingen te voorkomen;
- de algehele gemeenschap pakt willekeurig uit wat betreft het moeten verdelen van erfenissen en giften;
- het is onwenselijk dat onbekende voorhuwelijks schulden ook ten laste van de echtgenoot komen; naar huidig recht wordt de andere echtgenoot op geen enkele wijze beschermd;
- de algehele gemeenschap van goederen past niet bij huwenden die al eerdere relaties met kinderen achter de rug hebben ('patchwork'-families);
- de algehele gemeenschap geeft gelegenheid tot ongewenste vermogensverschuiving ten gunste van 'gold diggers', vooral ten nadele van vermogende ouderen;
- buitenlanders die met Nederlanders gehuwd zijn worden geconfronteerd met een in internationaal verband abnormaal stelsel dat eveneens ongewenste vermogensverschuiving tot gevolg heeft.

Is het nieuwe stelsel hanteerbaar? Door het veelvuldig gebruik van uitsluitingsclausules zijn de meeste algehele gemeenschappen vandaag de dag de facto veelal beperkt. Dat leidt ook

¹⁰ Zoals W.G. Huijgen, Wetsvoorstel 33987: naar een beperkte gemeenschap als wettelijk stelsel van huwelijksvermogensrecht?, JBN 2014(11) 55, diens: Problemen rond de nieuwe beperkte gemeenschap van goederen: een vervolg, JBN 2015(2) 7, diens: Opnieuw: naar een beperkte gemeenschap als wettelijk stelsel van huwelijksvermogensrecht?, FTV 2014(10) 49, diens De nieuwe beperkte gemeenschap van goederen: nog meer problemen gesignaleerd!, FTV 2015(1) 4; en S. Perrick, Het wetsontwerp strekkende tot beperking van de wettelijke gemeenschap van goederen schiet ernstig tekort, WPNR 2015/7069, met reactie B. Breederveld ; R. Meiners ; A.J.M. Nuytinck, A.H.M. Rieter en L.C.A. Verstappen en Naschrift van Perrick in hetzelfde nummer.

naar huidig recht niet tot onoverkomelijke problemen. In de rechtspraak zijn ook geen aanwijzingen te vinden dat het bestaan van uitsluitingsclausules onhanteerbaar zou zijn.

In verband met de hanteerbaarheid is in het voorstel de bestaande duidelijke en heldere bewijsregel gehandhaafd: wie wenst dat een goed privé blijft heeft daarvan in geval van geschil de bewijslast; slaagt hij daar niet in, dan wordt het goed geacht tot de gemeenschap te behoren (art. 1:94 lid 6 (in het wetsvoorstel lid 8) BW). In de wet is een duidelijke zaaksvervangingsregel opgenomen in art. 1:95 BW. Bij de recente Nota van Wijziging¹¹ is het stelsel verder vereenvoudigd door voorhuwelijkse mede-eigendom in de gemeenschap te laten vallen. Daarmee is de als ingewikkeld ervaren mogelijkheid dat vier vermogens naast elkaar bestaan, komen te vervallen. Er ontstaan in het nieuwe stelsel niet meer vermogens dan onder huidig recht. Ook voor het buiten de gemeenschap aanwezige ondernemingsvermogen is een eenvoudigere regeling getroffen. De kritiekpunten die overigens in de literatuur zijn genoemd, zijn door de betrokken deskundigen en Tweede Kamerleden allemaal gewogen en hebben geleid tot aanpassing van het voorstel of tot verwerping van de kritiek.

Ter gelegenheid van de parlementaire behandeling van het vorige wetsvoorstel 28 867 werd in het notariaat breed gesproken over het voorstel om het hoofdstelsel aan te passen: zes gecombineerde ringvergaderingen met 835 deelnemers die na grondige voorbereiding en voorvergaderingen actief hebben gediscussieerd over het toen voorliggende wetsvoorstel en waarop stemmingen werden gehouden. Meer dan 90% was voor de invoering van een beperkte gemeenschap van goederen boven het huidige stelsel en mogelijke alternatieven. Praktische problemen werden niet als onoverkomelijk beschouwd. Op een op 22 mei 2015 te Utrecht gehouden studiedag naar de knelpunten van het nieuwe stelsel, waar voor- en tegenstanders vanuit wetenschap en verschillende professies openlijk met elkaar hebben gediscussieerd, kwam met name over de hanteerbaarheid van het nieuwe stelsel aan de orde. Uiteindelijk stemde eveneens ongeveer 90% voor de voorgestelde beperkte gemeenschap als hoofdstelsel.¹² Ook hier werden mogelijke praktische problemen niet als een *onoverkomelijk* obstakel gezien.

In het algemeen geldt dat wetgeving op dit terrein nooit vrij is van alle problemen. Wetteksten kunnen ook niet alle gevallen tot in de puntjes regelen. Bij nieuwe wetgeving zal er altijd een periode zijn waarin de rechtspraak zal moeten wennen aan de nieuwe situatie. Maar naar verloop van tijd zal zich dat gaan zetten. Als het wenselijker en rechtvaardiger stelsel in de wet staat, zal dat inherent ook minder aanleiding geven tot rechtsgeschillen.

Inmiddels heeft de gedachtevorming over modernisering van ons familierecht in ieder geval bij één partij vaste vormen aangenomen: D66 is zich aan het oriënteren rondom haar eigen standpunt in kwesties van familierecht. Verstappen is een van de drie deskundigen die deze partij bijstaan met onafhankelijk en onpartijdig advies.

De al jarenlange werkzaamheden die vanuit het Notarieel Instituut Groningen aan dit dossier worden verricht, in wisselende mate van intensiteit, is een voorbeeld van de maatschappelijke dienstbaarheid en valorisatie van wetenschappelijke kennis en kunde pur sang.

¹¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2014–2015, 33 987, nr. 11.

¹² De verslagen werden gepubliceerd in het open access tijdschrift Familie & Recht (www.familieenrecht.nl).

ii. Koude uitsluiting

In het kader van de modernisering van het huwelijksvermogensrecht is de vraag gesteld of het geldende vermogensregime tussen gehuwden of ongehuwd samenwonenden onbillijke situaties in het leven kan roepen, met name in gevallen waarin tussen partners koude uitsluiting geldt.¹³ Moet de rechtvaardigheid het afleggen tegen de eenvoud van koude uitsluiting?

In een groot landelijk onderzoek dat vanuit het Notarieel Instituut Groningen werd gecoördineerd, werd de blik gericht op gescheiden echtgenoten die in koude uitsluiting waren gehuwd (formele relatie) en op 'gescheiden' ongehuwden (informele relatie) die ofwel geen ofwel een weinig vergaande samenlevingsovereenkomst hebben gesloten. Het onderzoek concentreerde zich op de materiële problemen en op de onbillijkheden die kunnen ontstaan bij de beëindiging van formele dan wel informele relaties, met name wanneer sprake is van scheefgroei van vermogens. De resultaten van het onderzoek zijn in boekvorm gepubliceerd.¹⁴

Harde statistische gegevens leren dat na de verbreking van een relatie in vrijwel alle gevallen de koopkracht van vrouwen daalt en die van de mannen stijgt. Indien de kinderen bij de vrouw blijven wonen, daalt de koopkracht van vrouwen gemiddeld met 21% als het gaat om een formele relatie en met 14% als het gaat om een informele relatie, terwijl de koopkracht van mannen in die gevallen juist stijgt met 33% respectievelijk 23%. Eventueel verschuldigde partneralimentatie is daarin verdisconteerd.¹⁵

Deze scheefgroei kan door een aantal oorzaken worden verklaard. Belangrijkste verklaring is wel dat door wat men zou kunnen noemen het traditionele rollenpatroon dat nog vaak tussen man vrouw bestaat, bij een onverhoopte echtscheiding de man in 'earning capacity' voorsprong heeft kunnen opbouwen op de 'huishoudelijke' vrouw. Zij zit doorgaans in een dubbele achterstandspositie: in veel gevallen neemt ze de dagelijkse zorg en opvoeding van de kinderen voor haar rekening, terwijl zij veelal onder aan de ladder van de arbeidsmarkt

¹³ Koude uitsluiting is een begrip uit het huwelijksvermogensrecht. Het duidt op huwelijkse voorwaarden waarbij partijen afspreken dat tussen hen geen gemeenschap van goederen zal bestaan, zonder vervolgens enigerlei verrekening van inkomen of vermogen overeen te komen (behalve eventueel verrekening van huishoudkosten). Echtgenoten creëren daarmee maximale vermogensrechtelijke zelfstandigheid ten opzichte van elkaar, maar daardoor ontstaat ook het risico dat hun vermogens zich onevenwichtig ontwikkelen. Scheefgroei ligt op de loer. Wanneer twee personen een affectieve relatie hebben en samenwonen, kan deze scheefgroei ook plaatsvinden. Verschil is echter, dat er zonder overeenkomst tussen informeel samenwonenden geen vermogensrechtelijk regime als dat van de algehele gemeenschap van goederen bij gehuwden bestaat. Wat onnauwkeurig uitgedrukt zou men kunnen zeggen dat waar bij gehuwden algehele gemeenschap van goederen hoofdregel is, bij een informele relatie koude uitsluiting hoofdregel is en gemeenschappelijk vermogen expliciet moet worden overeengekomen. Daarbij moet worden aangetekend dat na het verbreken van een informele relatie evenmin recht op alimentatie bestaat.

¹⁴ Zie het in opdracht van het WODC geschreven onderzoeksrapport Koude uitsluiting door Masha Antokolskaia, Bart Breederveld, Liesbeth Hulst, Wilbert Kolkman, Frits Salomons, Leon Verstappen, Serie Familie & Recht, Boom Juridische Uitgevers Den Haag 2011, waarover J. Kok en G. Cardol, Actualiteiten, FJR 2012, nr. 45; B.E. Reinhartz, Koude uitsluiting en vermogensscheiding handhaven?, FJR 2011, nr. 97, alsmede M.J.A. van Mourik, Boekbespreking, WPNR 2011/6904, W.M. Schrama in FJR 2012/83, nr. 10, p. 242 e.v. Vgl. ook de opinie over het rapport van R. van Coolwijk en M.S. van Gaalen in FJR 2013/18, afl. 2, p. 55 tot en met 57. In dit onderdeel is gebruik gemaakt van de tekst zoals die eerder is gepubliceerd in Justitiële verkenningen 2011, nr. 6, onderdeel 5 van de hand van L.C.A. Verstappen: 'Koude uitsluiting en de scheefgroei van inkomens en vermogens na scheiding'.

¹⁵ Voor cijfers over de beëindiging van formele relaties zie: A.M. Bouman, 'Vrouwen na scheiding fors in koopkracht terug', CBS Webmagazine, 1 juni 2004. Bij het percentage van 33% is rekening gehouden met door de man te betalen partneralimentatie. Voor cijfers over de beëindiging van informele relaties zie: A.M. Bouman, 'Financiële gevolgen van de beëindiging van ongehuwd samenwonen voor man en vrouw', CBS Bevolkingstrends 52, 3e kwartaal 2004, p. 67-74, aldaar p. 69.

staat. Ze zal er in inkomenspositie fors op achteruit gaan, ook al heeft ze, als ze getrouwd is geweest, recht op alimentatie. Bijzonder zuur is het, wanneer zij op grond van 'koude uitsluiting' in huwelijkse voorwaarden of omdat geen samenlevingsovereenkomst is gesloten, geen enkel recht heeft op het vermogen van de man dat hij door zijn arbeidsinkomsten tijdens het huwelijk heeft vergaard.

Scheefgroei van de ontwikkeling van vermogens hoeft op zichzelf niet onbillijk te zijn. Als twee zakenpartners afspreken samen te werken en daartoe kosten te delen maar overigens de inkomsten gescheiden te houden, zal een eventuele scheefgroei doorgaans inherent zijn aan de gemaakte afspraak en worden veroorzaakt doordat de een succesvoller blijkt te ondernemen dan de ander. Dat zou tussen echtgenoten in beginsel niet anders zijn als die relatie kan worden gezien als een zakelijke en er geen andere bijzondere omstandigheden zijn. Een huwelijk is echter geen zakelijke overeenkomst zoals een vennootschap, in de zin dat echtgenoten met hun relatie beogen winst te maken. Vooral de aanwezigheid van kinderen en de daaruit voortvloeiende zorg- en opvoedingstaken, maakt dat een uitsluitend zakelijke benadering niet aan de orde is.

Uitgaande van de veronderstelling dat de echtelijke taken niet alleen bestaan uit het verwerven van inkomen ter bestrijding van de kosten van het gezin, maar ook uit verzorging en opvoeding van kinderen alsmede dat deze taken een gezamenlijke verantwoordelijkheid van de echtelieden vormen, zullen de echtelieden zich onderling moeten verstaan wie wat voor zijn rekening neemt. De regeling van de kosten van de huishouding in art. 1:84 BW of in de gemaakte huwelijkse voorwaarden verzekert dat eventueel inkomen, wie het ook verwerft, dient te worden besteed en ter beschikking gesteld ter bestrijding van de kosten van de huishouding. Het basishuwelijksgoederenstelsel van de algehele gemeenschap van goederen en eventueel bij huwelijkse voorwaarden overeen gekomen verrekenbedingen verschaffen de echtgenoot die geen inkomen verwerft daarenboven een evenredige aanspraak op de vermogensvorming die staande huwelijk wordt bereikt. Verrekenbedingen zien op jaarlijkse deling van (arbeids)inkomsten en/of deling van vermogen(sgroei) aan het einde van het huwelijk. Er ontstaat daarbij geen gemeenschappelijk vermogen, maar de deling geschiedt door het verschaffen van een geldelijke aanspraak. Wanneer echter bij huwelijkse voorwaarden koude uitsluiting wordt overeengekomen, treedt deze compenserende werking niet op en ligt onbillijke scheefgroei op de loer.

Deze onbillijkheid schuilt erin, dat een echtgenoot – laten we uitgaan van de vrouw – wel haar steentje heeft bijgedragen aan het huwelijk, maar niet evenredig meedeelt in wat er tijdens het huwelijk aan vermogen is verdiend. Dit wordt onbillijk gevonden vanuit de gedachte dat de inspanningen van beide echtgenoten in hun onderlinge relatie over het algemeen gelijkwaardig zijn, zodat men ook in gelijke mate hoort te delen in wat er tijdens het huwelijk aan vermogen is verdiend. Bovendien loopt de echtgenoot die het meest in het huishouden doet (meestal de vrouw), op de arbeidsmarkt een duidelijke achterstand op, waardoor zij na het huwelijk over het algemeen een lagere earning capacity blijkt te hebben terwijl die van de man doorgaans juist stijgt. Dergelijke scheefgroei klemmt des te meer, indien na de echtscheiding de zorg- en opvoedingstaken geheel of hoofdzakelijk komen te liggen bij de vrouw die geen vermogen heeft kunnen opbouwen. Zorg- en opvoedingstaken moeten worden gecombineerd met een (r)entree op de arbeidsmarkt. Het recht op alimentatie kan haar driedubbele achterstand, bestaande uit de zorg- en opvoedingstaken, de achterstand in 'earning capacity' en de achtergebleven

vermogensvorming, niet voldoende compenseren. Daar komt bij dat het opnieuw aangaan van een formele relatie of een informele relatie als ware men gehuwd, haar recht op alimentatie definitief in rook doet opgaan. Als ongehuwd samenwonenden met kinderen uit elkaar gaan, is de situatie van de vrouw nog lastiger, aangezien zij zelfs geen recht op alimentatie heeft.

Een tweede vorm van onbillijkheid ten gevolge van het ontbreken van de compenserende werking van gemeenschap van goederen of verrekenbeding doet zich voor als de ene echtgenoot zelf actief heeft bijgedragen aan de vermogensvorming bij de andere echtgenoot, bijvoorbeeld door te werken in zijn bedrijf zonder passende beloning. Deze vorm van onbillijkheid ligt niet zozeer in de sfeer van de moeilijke financiële omstandigheden waarin de vrouw met kinderen verkeert na scheiding, als wel in het onbillijke karakter van de verrijking bij de man zonder een passende vergoeding voor de vrouw. De aanwezigheid van kinderen is niet direct relevant voor deze categorie van onbillijkheid. Een passende vergoeding voor het direct bijdragen aan de vermogensvorming bij de man zou die onbillijkheid kunnen opheffen.

Het onderzoek bevat een kwalitatieve en kwantitatieve analyse van de situatie in Nederland, een substantieel rechtsvergelijkend hoofdstuk, de inhoudelijke rechtvaardiging voor wetgevend ingrijpen plus een scala aan aanbevelingen op welke wijze de problematiek aangepakt kan worden.

Ook daarbij stond steeds centraal in hoeverre eventuele nieuwe wetgeving hanteerbaar is in de rechtspraktijk. Een van de centrale vragen daarbij is in hoeverre aan de rechter meer mogelijkheden moet worden gegeven om bestaande huwelijksgoederen- of samenlevingsregimes in te grijpen. Dit zou men kunnen zien als een vorm van dwingend recht, aangezien een eenmaal overeengekomen regime door de rechter geheel of gedeeltelijk opzij wordt gezet. Deze vraag is door de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie ontkennend beantwoord met als argument dat de wet al voldoende middelen biedt om in te grijpen. Een nieuwe wettelijke regeling zou hieraan niet veel kunnen toevoegen, zo is de redenering. De wet hoeft niet noodzakelijkerwijs gewijzigd te worden om onbillijkheden te bestrijden, het is de rechtspraktijk die daar betere invulling aan moet geven.¹⁶

Daarmee is eigenlijk gegeven dat de wetgever het standpunt inneemt dat er inderdaad termen aanwezig zijn om in te grijpen. Het is in feite een appel aan advocaat en rechter om een betere invulling te geven aan art. 6:2 jo. 248 BW en art. 6:258 BW. Kortom: wees niet terughoudend, maar ontwikkel criteria voor de toepassing van deze bepalingen in onbillijke situaties. De vraag is of de rechtspraktijk deze geworpen handschoen oppakt. De rechtspraktijk loopt niet over van enthousiasme. Wij kennen geen initiatieven op dit terrein. Dat is jammer, omdat de juridische argumenten en methoden om in te grijpen in het rapport Koude uitsluiting voor het oprapen liggen. De rechtvaardiging hiervoor moet gevonden worden in het legitieme streven om evenwichtige vermogensrechtelijke verhoudingen tot stand te brengen tussen personen die in de eerste plaats een affectieve relatie hebben.

¹⁶ Voor het standpunt van de staatssecretaris wordt korthedshalve verwezen naar zij brief van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 26 september 2011 en 28 februari 2012, Tweede Kamer, vergaderjaar 2011–2012, 28 867, nr. 23 respectievelijk nr. 29.

Bij de vraag in hoeverre de rechter zou moeten ingrijpen spelen twee uiteenlopende argumenteringen vaak een rol: enerzijds de partijautonomie en de contractsvrijheid, maar anderzijds ook de redelijkheid en billijkheid, het streven naar rechtvaardige verhoudingen. Welke van deze legt uiteindelijk meer gewicht in de schaal van Vrouwe Justitia?

Het argument van de partijautonomie en de contractsvrijheid moet sterk worden gerelativeerd. Echtelieden en ongehuwd samenwonenden hebben maar weinig kennis over inhoud en gevolgen van huwelijkse voorwaarden of samenlevingsovereenkomsten. Dergelijke contracten worden zelden daadwerkelijk nageleefd. De jurisprudentie wijkt daarom ook nogal eens terecht af van gemaakte bedingen in dergelijke overeenkomsten. Gebrek aan kennis over inhoud en strekking van de huwelijkse voorwaarden, gecombineerd met het nalaten om die ook na te leven vormen de twee objectieve rechtvaardigingsgronden om af te wijken van gemaakte huwelijkse voorwaarden. Billijk recht is te prefereren boven zeker recht, maar het moet ook hanteerbaar recht zijn.

Het is aan de rechtspraak om criteria te ontwikkelen over de omstandigheden waaronder afgeweken kan worden en de wijze waarop afgeweken wordt. Het rapport Koude uitsluiting bevat een supermarkt aan argumenten en methoden.

Een almaar gehoord argument is dat het allemaal ingewikkelde procedures gaat opleveren met dienovereenkomstige verhoging van de werklust van de rechterlijke macht, waardoor de hanteerbaarheid in het gedrang komt. De angst om overstelpt te worden met procedures is niet zelden een drijfveer om onbillijkheid op de koop toe te nemen. Dat is een bedenkelijke redenering, waaruit het onvermogen van diezelfde rechtspraak blijkt om recht te doen. De vraag is niettemin of een aanpassing leidt tot permanente verhoging van de werklust van de rechterlijke macht. De onbillijk behandelde partij bewandelt nu oneigenlijke paden die ook zorgen voor extra werklust. Een wettelijke regeling had houvast kunnen bieden. Meer dwingend recht in deze sfeer, hetzij door de wetgever vastgesteld of door de jurisprudentie ontwikkeld, zal ongetwijfeld aan de onderhandelingstafel een rol spelen. Anders geformuleerd: de rechtspraak zal zich automatisch meer richten op het herijkte relatievermogensrecht. Onbillijke gevallen kunnen dan ook aan de onderhandelingstafel beter worden opgelost. Hanteerbaarheid van het stelsel is zeker een argument, maar niet het enige.

c. Ongehuwd samenleven

Het Notarieel Instituut Groningen heeft een landelijk onderzoek uitgevoerd naar de inhoud van samenlevingsovereenkomsten. Dit onderzoek, dat heeft geresulteerd in artikel in het open access tijdschrift *Familie & Recht*¹⁷, is in zekere zin een vervolg op het rapport Koude uitsluiting. Voor de beoordeling van de vraag of en in welke omvang sprake is van koude uitsluiting tussen ongehuwde samenlevers waren empirische gegevens nodig over het aantal paren met een overeenkomst en de inhoud van die overeenkomsten. Het bleek echter niet mogelijk voor de onderzoekers om kwantitatieve en kwalitatieve uitspraken te doen over de praktijk van het maken van samenlevingsovereenkomsten; onderzoeksgegevens waren er eenvoudigweg niet, al bestonden wel indrukken en vermoedens. Om de vraag te beoordelen of wetgeving zoals die in andere jurisdicties bestaat, nodig of wenselijk is, is van belang te weten welke rol het samenlevingsovereenkomst in de praktijk vervult. Vandaar dat we de gelegenheid hebben

¹⁷ P. Kuik, W. Schrama en L.C.A. Verstappen, Samenlevingsovereenkomsten in de notariële praktijk <http://www.familieenrecht.nl/tijdschrift/fenr/2014/11/FENR-D-14-00001>.

aangegrepen om eens een eerste, verkennende inventarisatie uit te voeren. Hierna wordt eerst aangegeven wat het maatschappelijke belang van het ongehuwd samenleven is, waarna de resultaten van dat onderzoek worden weergegeven, die best heel opmerkelijk zijn.

De populatie gehuwde (en geregistreerde) paren is in Nederland ongeveer vier keer zo groot als de populatie van ongehuwd samenlevende paren. Nederland telde in 2013 circa 900.000 ongehuwd samenwonende paren op 3,3 miljoen gehuwde paren, dat is dus ongeveer één op de vijf paren. Dit aantal blijft naar verwachting groeien: voorspeld wordt dat vóór 2050 één op de drie paren ongehuwd samenwonen.¹⁸ Ongehuwd samenleven is in Nederland – net als in veel andere landen – een massaverschijnsel: negen van de tien Nederlandse vrouwen maken in hun leven ooit een periode van ongehuwd samenleven mee. Daarentegen daalt het aantal huwelijksluitingen gestaag. In 2012 is een diepterecord bereikt.¹⁹

Hoe regelen ongehuwd samenlevers hun onderlinge vermogensrechtelijke relatie? Uit cijfers van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (hierna ook: KNB) blijkt dat in 1995 95% van de samenlevingsovereenkomsten in notariële vorm werd opgemaakt. Recentere gegevens over het aandeel notariële versus niet-notariële overeenkomsten ontbreken. Uit cijfers van het CBS komt naar voren dat 50% van de ongehuwd samenlevende paren een samenlevingsovereenkomst heeft gesloten.²⁰ Een samenlevingsovereenkomst komt het vaakst voor bij oudere samenwoners: in 2004 hadden zeven op de tien paren waarvan de vrouw ouder was dan vijftig jaar, een samenlevingsovereenkomst gesloten.²¹ Uit het *Onderzoek Gezinsvorming 2003* van het CBS blijkt dat één op de zes paren aangeeft in de toekomst een samenlevingsovereenkomst te willen sluiten, en dat nog een zesde daarover twijfelt. Slechts één op de zes (vooral jongere) paren is helemaal niet van plan om ook maar iets te gaan regelen.

Anders dan voor huwelijkse voorwaarden bestaat geen register van samenlevingsovereenkomsten, zijn de gemaakte samenlevingsovereenkomsten niet openbaar en worden geen statistieken bijgehouden van het maken, wijzigen en beëindigen van samenlevingsovereenkomsten. De geheimhoudingsplicht van notarissen maakt het onmogelijk om zonder toestemming van cliënten op dezelfde wijze onderzoek te doen als naar huwelijkse voorwaarden. Een behoorlijke financiering is nodig om een vergelijkbare nauwkeurigheid en betrouwbaarheid onderzoek naar de praktijk van samenlevingsovereenkomsten te doen. Dat zou immers vergen dat een statistisch verantwoorde grote groep van cliënten individueel benaderd wordt om toestemming te geven voor inzage van de gemaakte samenlevingsovereenkomsten. Daarna zou het grote aantal akten dat uit deze selectie komt aan een grondig onderzoek moeten worden onderworpen. Daarvoor hadden we noch de financiële middelen, noch de tijd. Daarom is voor een andere opzet van het onderzoek gekozen. De beroepsgroep die zich met het maken van samenlevingsovereenkomsten bezig houdt – het notariaat – is bevraagd over deze praktijk aan de hand van een digitale vragenlijst. Dit was kostenefficiënt en betrekkelijk snel te realiseren. Daarmee is het qua opzet een verkennend onderzoek, dat

¹⁸ CBS StatLine, Serie Huishoudens; grootte, samenstelling, positie in het huishouden.

¹⁹ CBS StatLine, Serie Huwen en partnerschapsregistraties; kerncijfers.

²⁰ A. de Graaf, 'Steeds meer samenwoners hebben een samenlevingscontract', Webmagazine woensdag 10 februari 2010.

²¹ A. de Graaf, 'Steeds meer samenwoners hebben een samenlevingscontract', Webmagazine woensdag 10 februari 2010.

een eerste beeld geeft van de notariële praktijk. Dat houdt tevens in dat de resultaten met enkele mitsen en maren moeten worden gezien. We weten niet in hoeverre de uitkomsten van dit onderzoek representatief zijn voor de notariële praktijk in heel Nederland.

Een rol speelt daarbij dat onduidelijk is in hoeverre de respondentengroep representatief is. Nederland telde in 2013 3.186 (kandidaat-)notarissen. Om hen te bereiken zijn met hulp van de KNB alle notariskantoren benaderd met het verzoek om mee te werken aan het onderzoek door het invullen van een vragenlijst door (kandidaat-)notarissen met een familierechtpraktijk. Van de aangeschreven notarissen vulden 137 mensen de vragenlijst in. Niet bekend is wat het aandeel is van (kandidaat-)notarissen dat zich dagelijks met familierechtzaken bezig houdt. Aangenomen dat dit 20% bedraagt, dan zou de netto-respons 22% zijn (137/3187). Ligt het aandeel op 25%, dan is de netto-respons 17%. Een tweede punt, van belang voor de betrouwbaarheid, is de vraag of sprake is van selectie-effecten in de respons. Dat kunnen we niet nagaan, omdat landelijke gegevens over de kenmerken van notarissen met een familiepraktijk ontbreken. Er is een aantal aanwijzingen dat de spreiding van de respondenten redelijk is, nu de respondenten over het land verspreid zijn, werkzaam zijn in grote en kleine gemeenten en er zowel grote als kleine kantoren hebben deelgenomen. Ook hebben ongeveer evenveel mannen als vrouwen meegedaan. De helft van de respondenten was notaris en de andere helft kandidaat-notaris.

De belangrijkste bevindingen kunnen als volgt worden samengevat:

- De praktijk van het maken van samenlevingsovereenkomsten lijkt aanzienlijk te verschillen van die van het maken van huwelijkse voorwaarden. Waar het huwelijksrecht uitgaat van solidariteit en huwelijkse voorwaarden daar een wijziging in aanbrengen, is een samenlevingsovereenkomst nodig om solidariteit na een scheiding (en ook na overlijden) te regelen. Men zou dus verwachten dat in huwelijkse voorwaarden bedingen voorkomen die de wettelijk voorgeschreven solidariteit tussen echtgenoten concretiseren, wijzigen of veranderen, bijvoorbeeld in de vorm van verrekenbedingen, partneralimentatieverplichtingen of pensioenverrekening. Anderzijds zou men verwachten dat in een deel van de samenlevingsovereenkomsten juist solidariteit in het leven geroepen wordt, omdat Boek 1 BW geen regeling treft voor de vermogensrechtelijke aspecten en postrelationele solidariteit. Dat is echter niet het beeld dat uit dit onderzoek naar voren komt. Bepalingen in samenlevingsovereenkomsten die een bepaald effect ten opzichte van de fiscus betreffen, of regelingen rondom praktische aspecten komen veel voor, maar bedingen die een postrelationele solidariteit creëren lijken juist erg weinig voor te komen. De doorsnee samenlevingsovereenkomst in het onderzoek lijkt meer op huwelijkse voorwaarden inhoudende 'koude uitsluiting'.
- Hoe we dit moeten verklaren, is niet onderzocht. We kunnen wel enkele mogelijke verklaringen noemen. In de eerste plaats is een mogelijke verklaring een verschil in samenstelling van de groep ongehuwd samenwonenden en de gehuwden. Slechts een deel van de ongehuwd samenwonende stellen kan worden aangemerkt als de groep die het ongehuwd samenwonen ziet als een duurzame relationele status te vergelijken met het huwelijk. Het is de groep die bewust of onbewust niet kiest voor een huwelijk, maar wel een soortgelijke duurzame relatie heeft. Tegelijk is er vrij weinig empirisch onderzoek naar verschillen gedaan. We weten wel dat de groep ongehuwde

samenlevers met kinderen stijgt, maar we weten niet in hoeverre zich verschillen voordoen tussen gehuwde en ongehuwde stellen met kinderen.

- Een tweede verklaring kan zijn dat het treffen van een regeling met solidariteit vereist dat de cliënten weten dat dit nodig is, bijvoorbeeld omdat ze dat uit hun netwerk gehoord hebben of omdat de notaris hen daarover informeert. Hier zou zich een knelpunt kunnen voordoen, omdat uit ons onderzoek blijkt dat ongeveer de helft van de notarissen aangeeft dat in meer dan de helft van de gevallen cliënten zich niet bewust zijn van de voordelen van een samenlevingsovereenkomst. Men weet ook niet dat men geen specifieke vermogensrechtelijke aanspraken jegens elkaar heeft als er geen samenlevingsovereenkomst is. Uit eerder empirisch onderzoek is bekend dat van een keuze tussen verschillende relatievormen, juridische redenen niet zonder meer maatgevend zijn. Waar gehuwden als zij niets doen (en dat is thans in ongeveer 75% van de huwelijksluitingen), automatisch onder een wettelijke regime gebaseerd op (post)relationele solidariteit vallen, is dat dus voor ongehuwde samenlevers juist andersom.
- Een derde mogelijk verklaring is dat dit onderzoek aanwijzingen bevat dat de inhoud van de overeenkomst duidelijk afhangt van de notaris in kwestie. Uit het onderzoek blijkt dat veruit de meeste kantoren die hebben deelgenomen werken met 1 of 2 modellen of varianten die wezenlijk van elkaar verschillen. Dit geeft aan dat er niet veel diversiteit in samenlevingsovereenkomsten is, tenzij dit per situatie zou worden aangepast, maar hierover zijn geen gegevens beschikbaar. Het lijkt er op dat de specifieke situatie waarin de cliënten zich bevinden niet zonder meer maatgevend is, al past relativering, omdat met het onderzoek niet alle relevante feiten in kaart gebracht konden worden. Dit betekent dat de (kandidaat-)notarissen per situatie moeten kijken welke bedingen geschikt zijn voor de betreffende cliënt. Meerdere malen kwam de opmerking 'staat niet in het model' terug bij de antwoorden van de respondenten. Een samenlevingsovereenkomst opstellen is maatwerk en uit het onderzoek blijkt dat niet elke notaris dit als maatwerk ziet. Het vooraf sturen van een vragenlijst lijkt niet standaard het beleid te zijn. Bovendien blijkt op verschillende punten dat het de notaris is die met een bepaalde suggestie komt om een aspect in het contract te regelen.

Onze conclusie naar aanleiding van dit eerste verkennende onderzoek is dat nader onderzoek naar samenlevingsovereenkomsten wenselijk is. In de eerste plaats zou het een goede zaak zijn als met een betrouwbare steekproef onder verschillende notariskantoren of via ongehuwde samenlevers de overeenkomsten daadwerkelijk inhoudelijk bekeken zouden worden en in kaart wordt gebracht wat de situatie van de desbetreffende cliënten was ten tijde van het opmaken daarvan. Op die manier, die veel tijd en geld kost, is het mogelijk in kaart te brengen in welke mate welke factoren bijdragen aan de inhoud van een samenlevingsovereenkomst, wat de invloed van de notaris is en welke invloed de feitelijke situatie en de wensen van cliënten zijn. In de tweede plaats zou onderzocht moeten worden wat concreet bij een scheiding en overlijden het daadwerkelijke nut is van een samenlevingsovereenkomst, welke problemen rijzen en wat de verschillen zijn zonder notarieel samenlevingsovereenkomst. In de derde plaats zou onderzoek verricht kunnen worden naar de kennis en het inzicht van mensen die ongehuwd samenleven en in hoeverre zij afgaan op het advies van de notaris over het samenlevingsovereenkomst en of ze nadenken aan een wijziging van het overeenkomst als de situatie verandert. Kortom: de

rol en functie van de samenlevingsovereenkomst als hanteerbaar instrument voor de regulering van affectieve relaties verdient nader onderzoek.

d. Erfrecht

Het andere vermogensrechtelijke deelgebied waar het notariaat zich intensief mee bezig houdt is het erfrecht. Het erfrecht wordt vanouds beschouwd als een buitengewoon technisch onderdeel van het recht, met vele bijzondere rechtsfiguren die ingewikkelde verhoudingen met zich kunnen brengen. Het erfrecht wordt ook gekenmerkt door de vaak uiteenlopende belangen die met elkaar in overeenstemming moeten worden gebracht, meestal in het kader van de afwikkeling van een nalatenschap. De combinatie van de ingewikkeldheid van dit rechtsgebied en de vaak uiteenlopende belangen die spelen, maken het extra uitdagend vanuit het oogpunt van de hanteerbaarheid.

In het onderzoek richt de vaksectie zich enerzijds op rechtsvergelijking, en anderzijds op het interne recht. De rechtsvergelijking is gericht op het in internationaal verband identificeren van verschillen en overeenkomsten van erfrechtelijke rechtsfiguren en het achterhalen van de diepere historische achtergronden daarvan. Wilbert Kolkman participeert met een team van internationale experts aan een serie diepgaande studies die ook zien op de hanteerbaarheid.

i. Comparative succession law

In deze internationale onderzoeksgroep wordt rechtsvergelijkend onderzoek gedaan naar het functioneren van het erfrecht in de wereld.²² Daartoe zijn zeventien landen, c.q. systemen gekozen op basis waarvan een vergelijking wordt gemaakt, met als uitvloeisel een overkoepelende beschouwing over wat de geschiedenis, de *common core* en de te prefereren kenmerken van deze erfrechtelijke stelsels zijn. De onderzoeksgroep wordt geleid door Reinhard Zimmerman van het Max Planck Instituut voor vergelijkend privaatrecht in Hamburg, door Kenneth Reid van Edinburgh University en door Marius de Waal van Stellenbosch University. Deze onderzoeksreeks wordt gepubliceerd in Oxford University Press.

Het eerste onderdeel van ieder 'Volume' van dit onderzoek behelst een beschrijving van elk systeem: de geschiedenis, het recht zoals het is en het recht zoals het zou moeten zijn. Vervolgens komen de onderzoekers een aantal dagen bijeen.²³ Voorwerp van discussie zijn dan de beschreven stelsels en de daaruit te puren overeenkomsten en verschillen. Bijvoorbeeld, waarom werken bepaalde erfrechtelijke systemen met uitgebreide vormvoorschriften en bieden andere volledige vrijheid aan de testateur? Waarom is de Nederlandse wettelijke verdeling een goed hanteerbare oplossing voor de 'langstlevende-nalatenschappen', terwijl elders soms nog zeer wordt geworsteld met deze boedels? Waarom functioneert de erfrechtelijke rol van het kind in bepaalde stelsels goed, maar levert zij in andere stelsels talloze praktijkproblemen op?

De onderzoekers nemen de uitkomsten van het intensieve overleg mee naar huis en gebruiken deze voor een volgende versie van hun bijdrage, alsmede voor hun onderdeel van het concluderende hoofdstuk, waarin de systemen worden vergeleken en op hun merites worden beoordeeld. De conclusies hebben oog voor de ontwikkeling van een

²² K.G.C. Reid, M.J. de Waal, R. Zimmermann (red.), *Comparative Succession Law: Volume I: Testamentary Formalities*, Oxford: Oxford University Press 2011, en *Volume II: Intestate Succession*, Oxford: Oxford University Press 2015.

²³ In 2010 in Hamburg, in 2013 in Edinburgh.

hanteerbaar erfrechtelijk systeem in de onderzochte landen, hoewel uniformiteit niet snel zal worden bereikt, gelet op de uiteenlopende maatschappelijke en culturele verschillen.

ii. Minderjarigen en de zorg voor hun vermogen

Waar tot aan de invoering van het nieuwe erfrecht in 2003 alle aandacht uitging naar de positie van de langstlevende in het erfrecht, richtte onze aandacht zich sedertdien op die van de minderjarige. Het vermoeden bestond al langer dat de positie van de minderjarige in het erfrecht kon worden verbeterd. Verschillende leden van de vaksectie notarieel recht zijn in de praktijk werkzaam of werkzaam geweest en vanuit die achtergrondkennis was al bekend dat de wettelijke procedures die de minderjarige met vermogen beogen te beschermen, niet of onvoldoende werken in de praktijk. Maar tot voor het verschijnen van het proefschrift van Hans ter Haar²⁴, was daarover nog maar weinig concreets bekend, laat staan dat men beschikte over empirisch onderzoek naar hoe die bescherming (wel of niet) werkt in de praktijk.

Ter Haar heeft diepgaand onderzoek naar de positie van de minderjarige en zijn vermogen gedaan. Uit het onderzoek is vooreerst gebleken dat een duidelijke visie van de wetgever over het toezicht op het bewind van de ouder inzake erfrechtelijke verkrijgingen in algemene zin ontbreekt. Het is voorts inconsistent dat geen toezicht plaatsvindt ten aanzien van het bewind van de ouder ter zake van het recht op een legitieme portie of een som ineens van art. 4:35 BW. In deze gevallen is bij slecht bewind de kans dat de minderjarige benadeeld wordt onder huidig erfrecht groot. Het is niet geheel duidelijk hoe ver de zorgplicht van de notaris die de verklaring van erfrecht afgeeft ten behoeve van minderjarigen (en andere personae miserales), reikt. De notaris heeft in het kader van het toezicht op vermogensbeheer volgens de letter van de wet geen concrete taak. In zijn arrest van 9 januari 1998²⁵ neemt de Hoge Raad een bijzondere zorgplicht van de bank (Mees Pierson) jegens minderjarigen aan. Hoewel het arrest een bank betreft, kan men de overwegingen hieruit ook projecteren op de notaris die de verklaring van erfrecht afgeeft. Zijn maatschappelijke taak, vertrouwenspositie en deskundigheid op het gebied van het erfrecht brengen verantwoordelijkheden met zich.

Een deel van het onderzoek van Ter Haar is gedaan op basis van een gestructureerde vragenlijst, waarvan de vragen zijn beantwoord door een kantonrechter (met behulp van één of meer griffiemedewerkers) in 19 verschillende kantonlocaties verspreid over het land. Daarnaast hebben 907 vestigingen van notariskantoren een gestructureerde vragenlijst toegestuurd gekregen. Hiervan zijn 163 bruikbare ingevulde exemplaren terugontvangen.

Het resultaat van de verkennende onderzoeken onder notarissen en rechters schetst geen rooskleurig beeld van het functioneren van het toezicht op het bewind van de wettelijke vertegenwoordigers ter zake van de onderhavige erfrechtelijke verkrijgingen van minderjarigen. De minderjarige ondervindt bij de onderzochte kantonlocaties praktisch geen bescherming tegen slecht bewind van de wettelijke vertegenwoordiger. Dat wekt verontwaardiging en een zeker gevoel van gêne. Het toezicht op het bewind van wettelijke vertegenwoordigers ter zake van de in het onderzoek betrokken erfrechtelijke verkrijgingen, is bij de onderzochte kantonlocaties meestal niet of nauwelijks effectief. Een belangrijke oorzaak van het gebrekkige toezicht is erin gelegen dat de wettelijke vertegenwoordigers niet worden aangespoord aan de in de wet genoemde formaliteiten te

²⁴ J.H.M. ter Haar, *Minderjarigen en (de zorg voor hun) vermogen*, diss. Groningen 2013.

²⁵ NJ 1999, 285, Mees Pierson/Erven ten Bos.

voldoen. In feite is er (in dit kader) slechts sprake van (enig) toezicht door de kantonrechter op het bewind van gezaghebbenden die uit eigen beweging aan de formaliteiten voldoen. Dat zijn degenen die zich doorgaans toch al inspannen om goed bewind te voeren.

Het resultaat van het kantonrechtersonderzoek met betrekking tot het (permanente) toezicht op het voogdijbewind geeft een wisselend beeld van de wijze waarop de ondervraagde kantonrechters hun taak uitoefenen. Bij de meeste kantonrechters wordt slechts soms om periodieke rekening verzocht en wordt de voogd soms aangespoord rekening en verantwoording aan het eind van het bewind af te leggen. Als maatstaf hanteert men een bepaalde omvang van het vermogen bij aanvang van de voogdij. Door dit beleid zullen tijdens de voogdij opgekomen erfenissen (vermoedelijk) onopgemerkt blijven als de voogd niet uit zichzelf aan de formaliteit van art. 1:338 BW voldoet. Bij 26% van de kantonrechters bleek dat zij sinds 1 mei 2007 niet op de hoogte werden gesteld van voogdijbeschikkingen, waardoor van adequaat toezicht op voogdijbewind geen sprake kon zijn. Goede communicatie met de sector civiel is sinds gemelde wetswijzigingen noodzakelijk, maar ontbreekt soms.

Geen van de ondervraagde kantonrechters krijgt de informatie van de belastinginspecteur die hij op grond van de wet ten behoeve van de invulling van zijn taak zou moeten krijgen (art. 1:342 lid 2 BW). De informatie als bedoeld in art. 1:301 en 1:48 BW krijgen zij soms wel, maar hiermee wordt dan bij de meeste ondervraagde kantonrechters niets gedaan. Hierdoor kan men spreken van een passief toezicht.

Het beeld dat Ter Haar over het functioneren van het toezicht schetst biedt aanleiding voor nader onderzoek, met name naar de vraag of de minderjarige voldoende wordt beschermd tegen slecht bewind van zijn wettelijke vertegenwoordigers en hoe kan worden gewaarborgd dat wettelijke vertegenwoordigers aan formaliteiten voldoen. Voorts komt uit het onderzoek van Ter Haar een wisselend beeld naar voren over het toezicht op voogdijbewind bij verschillende kantonlocaties. De kantonrechter heeft vaak niet de benodigde informatie met het oog op effectief toezicht, omdat deze informatie hem niet altijd bereikt. Ter Haar concludeert dat kantonrechters zich onvoldoende bewust lijken van hun taak en dat aan het huidige systeem van toezicht geen duidelijke visie ten grondslag ligt.

Ten aanzien van de in dit onderzoek betrokken erfrechtelijke aanspraken kan het volgende worden gezegd:

- De meest voorkomende en daarmee in de praktijk meest belangrijke erfrechtelijke verkrijging van een minderjarige is de vordering in de zin van art. 4:13 lid 3 BW (of die welke voortvloeit uit de ouderlijke boedelverdeling). Van het toezicht op het bewind over de vordering in de zin van art. 4:16 lid 2 BW, zoals de wetgever dit (vermoedelijk) voor ogen heeft gehad komt in veel gevallen weinig terecht. De notarissen die deelnamen aan het onderzoek wijzen de wettelijke vertegenwoordigers meestal wel op de formaliteit, maar zij worden in de regel niet aan de formaliteit herinnerd of aangespoord alsnog hieraan te voldoen. De bepaling van art. 4:16 lid 2 BW is overigens geen dode letter. In een substantieel deel van de gevallen wordt wel aan de formaliteit voldaan. In deze gevallen is de kans groot dat de boedelbeschrijving niet door de kantonrechter wordt ingezien en beoordeeld (dit is afhankelijk van het beleid binnen de kantonlocatie). Zelden wordt de wettelijke vertegenwoordiger verzocht alsnog een boedelbeschrijving bij notariële akte op te maken. Volgens een door de Nederlandse

Vereniging van Banken ontwikkelde vragenlijst hoeven banken geen verklaring van erfrecht te verlangen in geval de wettelijke verdeling geldt en het saldo van de nalatenschap kleiner is dan € 100.000,=. In deze categorie gevallen zal geen enkele informatieverstrekking plaatsvinden over de wijze waarop de wettelijke vertegenwoordiger bewind dient te voeren, laat staan over de formaliteit van art. 4:16 lid 2 BW.

- De formaliteit van art. 4:26 lid 1 BW betreft de wilsrechten van art. 4:19 tot en met 22 BW. De formaliteit houdt in dat een wettelijke vertegenwoordiger binnen drie maanden nadat een minderjarige de bevoegdheid een dergelijk wilsrecht in te roepen heeft verkregen, de kantonrechter schriftelijk zijn voornemen met betrekking tot de uitoefening daarvan dient mee te delen. Aan de formaliteit wordt in de praktijk niet of nauwelijks gehoor gegeven. Het is een (vrijwel) dode bepaling. De meeste notarissen wijzen op de verplichting van art. 4:26 lid 1 BW indien een minderjarige op grond van art. 4:21 BW de mogelijkheid heeft een wilsrecht in te roepen. Een groot deel van de notarissen geeft echter aan de wettelijke vertegenwoordiger niet ambtshalve (zonder toestemming van de wettelijke vertegenwoordiger) op dit wilsrecht (en op art. 4:26 lid 1 BW) te wijzen.
- Uit het onderzoek blijkt dat aannemelijk is dat binnen de onderzochte groep notarissen, onterving van minderjarigen door (testerende) ouders geregeld voorkomt. In het onderzoek wordt aangegeven dat dan meestal sprake van slechte verhoudingen, al dan niet in verband met een verstoorde relatie tussen de ouders. De situatie waarin de legitieme portie van een minderjarige geschonden wordt doordat testamenten of verblijvingsbedingen niet tijdig zijn aangepast wordt opvallend vaak gesignaleerd. Het onderzoek bevestigt het vermoeden dat schendingen van de legitieme portie van minderjarigen zelden door de kantonrechters worden opgemerkt. Dit vindt waarschijnlijk zijn oorzaak in het systeem van het huidige erfrecht waarin de afwikkeling van de nalatenschap niet (meer) afhankelijk is van medewerking van de onterfde legitimaris. Een (handhaafbare) verplichting een schending van de legitieme portie aan de kantonrechter te melden ontbreekt. Zou zo'n bepaling wel bestaan dan kan men zich afvragen hoe de kantonrechter van een dergelijke onterving op de hoogte kan geraken. De meeste notarissen zullen de wettelijke vertegenwoordiger van een onterfde minderjarige, conform de aanbevelingen van de Werkgroep deontologie nieuw erfrecht van de KNB, niet zonder instemming van de erfgenamen benaderen en wijzen op zijn rechten. De minderjarige heeft bij de notaris in dit opzicht geen bijzondere positie. Een klein deel van de notarissen meent wel een bijzondere zorgplicht jegens minderjarigen te hebben die hen tot informeren van de wettelijke vertegenwoordiger noopt.
- De som ineens van art. 4:35 BW wordt in de praktijk (nog) nauwelijks toegepast. Dit heeft mogelijk te maken met de onbekendheid met dit fenomeen in combinatie met onduidelijkheid over de interpretatie. Wat hiervoor over de legitieme portie gemeld is, geldt ook voor deze som ineens.
- Uit het notarissenonderzoek is voorts (conform de verwachting) gebleken een bijzondere curator in het kader van de afwikkeling van nalatenschappen slechts in uitzonderlijke gevallen werd benoemd.

De meeste notarissen die aan het onderzoek deelnamen zagen zich vanuit hun functie en plaats in de rechtsorde beschouwd, niet als belangenbehartigers van minderjarigen als zij signaleren dat formaliteiten door de wettelijke vertegenwoordiger (vermoedelijk) niet worden nageleefd. Bij constatering of vermoeden van slecht bewind zijn slechts enkele van

hen geneigd de kantonrechter ambtshalve te waarschuwen. In de praktijk kwam dit zelden voor.

In het proefschrift worden enkele aanbevelingen gedaan voor aanpassing van het systeem van toezicht ter zake van het bewind over de in het onderzoek betrokken erfrechtelijke verkrijgingen. De suggesties betreffen het systeem van toezicht op het bewind van de ouder. Het huidige systeem is een keten met drie schakels: de kantonrechter, de informant en de wettelijke vertegenwoordiger. Het onderzoek indiceert dat iedere schakel zwakten vertoont. Het toezicht kan worden versterkt door iedere schakel te versterken. In dit onderzoek ging het om het gebrekkig tot in het geheel niet functioneren van een systeem dat de wetgever ooit bedacht heeft. Bij het formuleren van de aanbevelingen ging het vooral om het werkbaar maken van de processen: welke wetswijzigingen zijn mogelijk nodig om het werkbaar te maken en aan welke knopjes moet worden gedraaid om de processen ook te laten werken zoals de wetgever voor ogen heeft gehad?

iii. Toezicht op het bewind over het vermogen van minderjarigen

De bevindingen van Ter Haar in zijn onderzoek hebben de aandacht van de politiek getrokken. Door de SP-fractie zijn in de Tweede Kamer vragen aan de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie gesteld.²⁶ Dit heeft geleid tot nader onderzoek. Het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum (WODC) heeft aan het Notarieel Instituut Groningen verzocht dit onderzoek uit te voeren, mede ter beantwoording van de kamervragen. Het proefschrift heeft, mede dankzij de empirische component, behoorlijke impact gehad.

Dit onderzoek gaat over het beheer van vermogens van minderjarigen door wettelijke vertegenwoordigers. Het onderzoek richt zich op het inventariseren van mogelijke problemen bij de wetgeving rondom vermogensbeheer bij minderjarigen en neemt daarbij de dissertatie van Ter Haar als uitgangspunt. Het onderzoek kent de volgende thema's:

- Toezicht door de kantonrechter op het bewind van wettelijke vertegenwoordigers, waarbij een duidelijk onderscheid gemaakt wordt tussen het bewind van ouders en dat van voogden. Aan de hand van de door Ter Haar gesignaleerde problemen staat de vraag centraal welke mogelijkheden er zijn een hanteerbaar toezicht in te richten dat de belangen van minderjarigen beter dan nu waarborgt, maar waarbij overheidsbemoeienis (in casu van de toezichthouder) niet verder strekt dan wenselijk is. Er worden tevens oplossingen geïnventariseerd voor inconsistenties in de huidige regelgeving en er wordt ingegaan op de vraag wie de kosten van het toezicht dient te dragen.
- Overige thema's:
 - Verjarings- en vervaltermijnen (en de mogelijke verlenging daarvan ten behoeve van minderjarigen).
 - De vraag in hoeverre de regels van Boek 1 BW beter kunnen worden afgestemd op die van Boek 4 BW. Men denke daarbij specifiek aan de bepalingen van het testamentair bewind.
 - De regeling van het ouderlijk vruchtgenot en de kostgeldregeling.
 - De som ineens van art. 4:35 BW.

Een belangrijke vraag in onderhavig onderzoek is hoe het toezicht verbeterd kan worden. Daartoe is nodig dat er een duidelijke visie op het toezicht is. In dit onderzoek zal

²⁶ Vragen van het lid Van Nispen (SP) aan de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie over de positie van de minderjarige in het erfrecht, de bescherming van het geërfde vermogen en het toezicht hierop (ingezonden 7 mei 2014), Tweede Kamer, vergaderjaar 2013–2014, Vragen (2014Z08200).

onderzocht worden welke opties in dit opzicht mogelijk zijn en wat daarvan mogelijk voor- en nadelen zijn. Hierbij is steeds van belang dat de minderjarige in zekere mate bescherming krijgt, maar dat overheidsbemoeienis (in de vorm van toezicht) proportioneel en hanteerbaar is. Daarna komt de vraag aan de orde op welke wijzen de huidige regelgeving kan worden aangepast om aan eventuele nieuwe mogelijkheden tegemoet te komen.

De belangen van het kind vormen telkens de eerste overweging (art. 3 IVRK), maar er mag geen sprake zijn van ongewenste of buitenproportionele overheidsbemoeienis in de privésfeer (art 8 EVRM).

In het onderzoek zal tevens de regeling van verjarings- en vervaltermijnen aan bod komen. Ook in dit opzicht is in het Nederlandse recht sprake van een knelpunt, omdat de rechtspositie van minderjarigen niet optimaal is, gelet op de korte verjaringstermijnen. In dit verband is het arrest van het Europese Hof van de Rechten van de Mens (EHRM) van 7 juli 2009 (Stagno vs. België appl. nr. 1062/07) van belang. Deze uitspraak heeft in België voor discussie gezorgd over de rechtvaardiging/onderbouwing van korte verjaringstermijnen bij minderjarigen. Korte verjaringstermijnen kunnen ertoe leiden dat een minderjarige schade lijdt als zijn wettelijke vertegenwoordiger verzuimt tijdig een rechtsvordering in te stellen. De vraag is aan de orde in hoeverre de korte verjaringstermijnen in de weg staan aan artikel 6 lid 1 EVRM, het recht op toegang tot een rechter. In België heeft genoemde uitspraak van het EHRM na enige discussie tot een (initiatief)wetsvoorstel geleid. De vraag is hoe het Nederlandse recht zich tot deze uitspraak verhoudt, nu het korte verjaringstermijnen kent voor minderjarigen. Voorheen werden verjaringstermijnen geschorst tot aan de meerderjarigheid van het kind. De vraag is of de huidige regeling de rechten van minderjarigen voldoende waarborgt, dan wel of zij aanpassing behoeft. Zowel bij toezicht als bij verjaringstermijnen gaat het vooral om effectiviteit van rechtsbescherming ten behoeve van minderjarigen.

Een volgend aspect van het toezicht is dat sprake is van inconsistenties in de regelgeving, die onder omstandigheden leiden tot onnodige complexiteit. Het betreft voornamelijk regelingen op het snijvlak van Boek 1 en Boek 4 BW. Een voorbeeld vormt de regeling van het testamentaire bewind. De regeling van testamentair bewind in Boek 1 BW lijkt niet goed afgestemd op de nieuwe regeling van Boek 4 BW. Onderzocht wordt in hoeverre aanpassing van de regeling wenselijk is om deze inconsistenties op te heffen en welke alternatieven hiervoor denkbaar zijn. Verder roept de som ineens van art. 4:35 BW vragen op. Het gaat om een vorm van alimentatie in het erfrecht. Uit empirisch onderzoek van Ter Haar blijkt dat van art. 4:35 BW in de praktijk nauwelijks gebruik wordt gemaakt, dit ten nadele van de bescherming van minderjarigen. Dit is vermoedelijk mede te wijten aan de onbekendheid met dit fenomeen en de onduidelijkheid die er heerst over de reikwijdte van de bepaling. De parlementaire geschiedenis bij deze bepaling is hierover tegenstrijdig. Het is van belang dat duidelijk wordt welke waarborgen de wetgever met deze bepaling de minderjarige (en jong-meerderjarige tot 21 jaar) wil bieden. In het onderzoek zal worden nagegaan welke denkrichtingen bestaan, zodat de wetgever te zijner tijd daaruit een keuze kan maken.

Ten slotte richt het onderzoek zich ook op de regeling van het ouderlijk vruchtgenot. Deze regeling is vaker ter discussie geweest. Deze discussie is legitiem, omdat de rechtsgrond van de regeling niet duidelijk lijkt. Geanalyseerd zal worden wat de achtergrond is van de aanspraak van ouders of anderen of het juist ontbreken van deze aanspraken op vruchten

van vermogen van minderjarige kinderen en hoe deze regeling zich verhoudt tot regelingen in andere landen? Enerzijds kan men zich afvragen of deze regeling nog bestaansrecht heeft, anderzijds is denkbaar dat zeker bij grotere vermogens het ouderlijk vruchtgenot ouders een wenselijke tegemoetkoming biedt voor kosten van levensonderhoud van het kind of voor kosten van de huishouding van het gezin waartoe het kind behoort. In dit opzicht kan ouderlijk vruchtgenot vergeleken worden met alimentatie. Onderzocht wordt in hoeverre aanpassing van de regeling wenselijk is en welke alternatieven hiervoor denkbaar zijn.

Het vervolgonderzoek is thans lopende en zal vermoedelijk in 2016 leiden tot een rapport met aanbevelingen.

iv. Naar een efficiëntere rechtsbedeling

In verband met het bovengenoemde onderzoek staat een op initiatief van het Notarieel Instituut Groningen opgezet onderzoek naar de mogelijkheden die bestaan om de rechtsbedeling met inschakeling van een rechtshulpverlener als de notaris beter te laten verlopen.

De werkdruk van de rechterlijke macht is hoog. De rechter is van oorsprong geschilbeslechter. Daarnaast heeft de wetgever hem onder meer een rol toebedacht als toezichthouder bij het vermogensbeheer voor *personae miserabiles*, een rol die in tijden van vergrijzing steeds zwaarder drukt op de rechterlijke macht. Dat niet alles gladjes verloopt is met het onderzoek van Ter Haar aangetoond. De vraag rest op welke wijze tot een betere rechtsbedeling te komen. Dat heeft geleid tot een onderzoeksvoorstel over de (complementaire) rol van rechter en notaris in de rechtsbedeling. Doel van het onderzoek is tot een doelmatiger (efficiëntere en goedkopere) wijze van rechtsbedeling te komen in situaties waar rechter en notaris beiden een rol (kunnen) vervullen. In het onderzoek werken samen: de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, Netwerk Notarissen, de Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap en de Raad voor de Rechtspraak.

Waar hier gesproken wordt van de notaris, kan onder omstandigheden ook gedacht worden aan andere beroepsbeoefenaren, zoals de advocaat. De hypothese is dat de notaris in bepaalde zaken de rol van de rechter kan overnemen en dat in bepaalde juridische procedures de notaris in het voorportaal van de rechter een nadrukkelijker rol kan krijgen in de voorbereiding van de beslissingsfase. Hij onderscheidt zich van alle andere beroepsgroepen door zijn wettelijk geborgde onpartijdigheid en onafhankelijkheid, hoge kwaliteitsnormen en uitgebreid toezicht en tuchtrecht. Het is om die reden dat de notaris in dit project als uitgangspunt werd genomen.

In verschillende juridische aangelegenheden kruisen rechter en notaris elkaars pad. Men denke hierbij aan de verdeling van verschillende soorten gemeenschappen die door deelgenoten gevorderd kan worden, de afwikkeling van al dan niet contractuele verhoudingen op de 'klassieke' notariële rechtsgebieden, en aan situaties waarin namens *personae miserabiles* rechtshandelingen verricht worden waarvoor notariële tussenkomst is vereist en waarbij tevens rechterlijke machtiging of goedkeuring verzocht dient te worden. In de literatuur is verscheidene keren aan de orde gesteld of de notaris - die in verschillende opzichten gelijkenis vertoont met de rechter - de rechter niet zou kunnen ontlasten door taken van hem over te nemen. Ook vraagt men zich af of de notariële tussenkomst de verplichte machtiging of goedkeuring van de rechter voor bepaalde rechtshandelingen niet overbodig maakt.

Sinds 1 januari 2003 heeft de kantonrechter belangrijke taken in het erfrecht erbij gekregen. Zijn beslissing kan worden ingeroepen in tal van situaties. Erfrecht is van oudsher het terrein van de notaris. Vaak zal een verzoek aan het adres van de kantonrechter gedaan worden via de notaris die aan de basis staat van de afwikkeling van vele nalatenschappen. Ook hier is de vraag opgeworpen of het niet efficiënter is bepaalde rechterlijke taken aan de notaris over te laten.

Het onderzoek richt zich op de mogelijkheden om op het kruispunt van notariaat en rechterlijke macht tot een efficiëntere rechtsbedeling te komen. De onderzoekers onderscheiden daarbij twee categorieën. In de eerste plaats dienen de mogelijkheden te worden onderzocht die onder de huidige wetgeving bestaan. In het verlengde daarvan richt het onderzoek zich ook op verbeteringen die slechts te realiseren zijn door middel van aanpassingen van de wet. Dit onderscheid in twee categorieën maakt het mogelijk het onderzoek uit te voeren in twee fasen, een eerste, vooral op praktisch verbeteringen gericht, onderzoeksdeel en een tweede onderzoeksdeel, waarin fundamentele wijzigingen kunnen worden onderzocht en beoordeeld. In het hele onderzoek zal de nadruk liggen op de (optimale) rolverdeling en de werkverdeling in de processen die de rechtsbedeling bewerkstelligen. Daarbij dient telkens rekening te worden gehouden met het uiteenlopende karakter van de rechterlijke en de notariële functie. De rechter is van oudsher de functionaris die geschilpunten en rechtsvragen beslist (beslisfunctie); de notaris is meer de functionaris die de totstandkoming van rechtshandelingen begeleidt en vastlegt (vastleggingsfunctie). Tegen die achtergrond dringen zich voor het onderzoek aanstonds enige meer of minder principiële vragen op:

- die naar de betekenis van de omstandigheid dat belangen van derden betrokken kunnen zijn (d.w.z. personen die geen opdrachtgever van de notaris zijn);
- de vraag naar de betekenis van het feit dat beslissingen van een rechter vaak onderworpen zijn aan rechtsmiddelen als hoger beroep en cassatie; hoe valt de notaris in te passen in een rechtsbedeling die werkt met rechtsmiddelen?
- de vraag naar de modaliteiten van 'overname' door de notaris van rechterlijke bevoegdheden/taken: wordt dat een exclusieve notariële taak, of een aanvullende? Mogelijk is ook gebruik te maken van een optioneel instrumentarium.

Kennis en kunde van de verschillende actoren dienen daarbij ook aan de orde te komen, meer in het bijzonder de vraag in hoeverre betrokken dienstverleners voldoende geëquipeerd zijn om hun rol naar behoren te vervullen en of een efficiëntere rechtsbedeling niet gebaat is met specifieke bijscholing.

Een van de pilots die inmiddels zijn gestart is de inschakeling van de notaris als deskundige in de zin van art. 194 Rv bij procedures inzake verdeling van gemeenschappen bij echtscheiding.²⁷ Bij de mondelinge behandeling van de zaak voor een rechter kan deze een notaris als deskundige benoemen. De benoemde notaris kan vervolgens de goederen en schulden inventariseren en waarden, alsmede de punten waarop partijen overeenstemming hebben bereikt en de gerezen geschillen constateren en in het voorstel beschrijven en eventueel ook de rol van deskundige bemiddelaar (mediator) op zich nemen. Hij kan daarbij voorstellen tot verdeling voorleggen en bezien in hoeverre

²⁷ Zie hierover A.L.G.A. Stille (Verdeling en de rechter, in: *De verdeling in de notariële praktijk*, pre-advies KNB 2012, SDU, Den Haag), B. Breederveld, A.N. Labohm en A.H.N. Stollenwerck, *De gerechtelijke verdeling en de rol van de notaris daarbij*. Er is werk aan de winkel voor de notaris! WPNR 2012/6943).

overeenstemming kan worden bereikt. De rechter kan op (eventueel) overgebleven concrete geschilpunten beslissen en de verdeling vaststellen. De benoeming van de notaris tot deskundige is een voor de hand liggend aanknopingspunt voor de pilot.

De notaris in de rol van deskundige richt zich met name op de volgende kwesties waarover geschillen kunnen ontstaan:

1. De samenstelling en omvang van de ontbonden gemeenschap (goederen en schulden) en de peildatum daarvoor.
2. De waardering van goederen van de ontbonden huwelijksgemeenschap en de peildatum daarvoor.
3. Aansprakelijkheid voor schulden, mede gelet op art. 1:102 BW.
4. De (wijze van) verdeling van goederen van de ontbonden huwelijksgemeenschap.
5. Het bestaan van vergoedingsrechten.
6. Benadeling van de gemeenschap in de zin van art. 1:164 BW.
7. Andere geschilpunten die nog ter tafel komen.

De pilot wordt uitgevoerd bij negen rechtbanklocaties: Utrecht, Assen, Groningen, Leeuwarden, Zwolle, Lelystad, Arnhem, Zutphen en Den Haag. De vraag die we met de pilot hopen te beantwoorden is *in hoeverre de werkwijze van de pilot bijdraagt aan een efficiëntere rechtsbedeling*. De relatie met hanteerbaar privaatrecht is evident. Het resultaat van de pilot laat zich niet exact meten. Het is wel mogelijk de betrokkenen vooraf en na afloop van de pilot te vragen naar hun bevindingen. Het gaat daarbij in eerste instantie om de bevindingen van de betrokken rechters en notarissen, maar ook om die van (eventueel) de bij de partijen betrokken advocaten.

v. Tweetrapsmakingen

Als er één onderwerp weerbarstig is in het erfrecht en alles te maken heeft met hanteerbaarheid, dan is het wel de tweetrapsmaking oftewel het fideicommis. Ronald Brinkman heeft een studie²⁸ gemaakt naar deze bijzondere rechtsfiguur.

Deze studie heeft tot doel om zowel theoretisch als met oog voor de praktijk een veelomvattend overzicht te geven van de juridische aspecten van het fideicommis. De vormgeving die het fideicommis in 2003 met de komst van het 'nieuwe' erfrecht heeft gekregen, roept veel vragen en problemen op. Kern van de problematiek is dat de nalatenschap van de insteller de facto twee keer openvalt: bij zijn overlijden en wanneer het recht van de bezwaarde eindigt, veelal ook diens overlijden. De wetgever heeft de rechtsverhouding tussen de eerstgeroepene, de bezwaarde, en de in de tweede plaats geroepene, de verwachter, niet uitputtend geregeld. Ook de tweede overgang heeft de wetgever grotendeels ongeregeld gelaten. Tezamen met het gegeven dat de kring van verwachters variabel kan zijn (zelfs ongebornen kunnen daartoe behoren), maakt dat veel praktische vragen rondom de hanteerbaarheid van deze rechtsfiguur de kop opsteken.

Brinkman betoogt dat de positie van een verwachter bijzonder genoemd mag worden en dat zulks vooral blijkt uit zijn plaatsing binnen ons rechtssysteem. Het recht van de

²⁸ R.E. Brinkman, Het fideicommis in de notariële praktijk, diss. Groningen, Boom Juridische Uitgevers Den Haag 2014.

verwachter hangende de voorwaarde valt niet binnen een bestaande rechtsfiguur te plaatsen, maar dient als een goederenrechtelijk recht sui generis te worden aangemerkt, dat in zijn werking dicht aanligt tegen het beperkte recht. Daarnaast merkt hij op dat de overgang op de verwachter, die bij een fideicommissaire erfstelling onder algemene titel plaatsvindt, zomaar kan plaatsvinden. Dat wil zeggen, zonder dat de wetgever de overgang met voldoende publiciteit heeft omgeven. Bijvoorbeeld als de ontbindende voorwaarde 'het gaan samenwonen door de bezwaarde' inhoudt. De bijzondere positie van de verwachter komt, wegens het ontbreken van toegesneden regelgeving, de kenbaarheid van de rechtsverhouding tussen de bezwaarde en de verwachter niet ten goede. Brinkman gaat nader in op de externe positie tussen bezwaarde/verwachter en derden zoals schuldeisers en op de interne rechtsverhouding tussen bezwaarde en verwachter. Reeds de beantwoording van de vraag wie allemaal verwachters zijn, en dus rechten kunnen doen gelden, stuit op problemen. Horen daartoe ook de subsidiaire verwachters die opkomen als een verwachter mocht komen te overlijden? Hoe kunnen verwachters die er nog niet zijn rechten uitoefenen? Hij betoogt dat de van overeenkomstige toepassing verklaring van de regels van vruchtgebruik op de interne verhouding tussen bezwaarde erfgenaam en verwachter, ook op het fideicommissair legaat of gift toegepast zou moeten worden. Het meest problematisch is hoe het bezwaarde vermogen bij het einde van het recht van de bezwaarde te onderscheiden valt van diens eigen vermogen. Immers, dat bezwaarde vermogen vererft op de verwachters die niet tevens de erfgenamen van de bezwaarde hoeven te zijn. De problematiek van het fideicommiss met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid en het bepalen van wat het residu bij het einde van het recht van de bezwaarde is, krijgt in dat kader aandacht, evenals vragen over zaaksvervanging en vergoedingsrechten. Bij de afwikkeling van de nalatenschap van de bezwaarde, de tweede trap, komen belangrijke en door de wetgever onbeantwoord gelaten vragen op, zoals bijvoorbeeld in hoeverre de verwachter dan nog een keuze tussen (beneficiaire) aanvaarding of verwerping heeft en in hoeverre executeursbenoemingen of testamentaire bewinden wederom in werking treden. De door hem voorgestane grondgedachte is dat de nalatenschap van de insteller bij de overgang op een verwachter als het ware opnieuw openvalt, met alle gevolgen die dat ook al heeft gehad bij de overgang op de bezwaarde. Al met al een benadering die concrete handvatten bevat voor een werkbaar en hanteerbaar afwikkelingsmodel.

De maatschappelijke betekenis om hierin helderheid te krijgen, is groot. Het grote publiek heeft sinds de uitzending van het programma 'Radar' van 1 maart 2010, waarin de tweetrapsmaking werd gepropageerd, dit type making ontdekt. In de statistieken van het aantal gepasseerde testamenten was een duidelijke piek waar te nemen vlak na deze uitzending. Brinkman heeft in zijn studie veel praktische vragen van een hanteerbaar antwoord voorzien die allemaal wetenschappelijk verantwoord zijn.

vi. Positie erfgenamen

In hun artikel *Hanteerbaar familievermogensrecht in tijden van crisis* betogen Blokland, Burgerhart en Kolkman dat, familievermogensrechtelijk gesproken, de economische crisis heeft geleid tot een 'Umwertung aller Werte'.²⁹ De vraag die zij zich stelden luidt hoe de – veelal met het oog op 'voorspoed' geschreven – familievermogensrechtelijke regels hanteerbaar blijven wanneer het economische tij tegenzit.

²⁹ Hanteerbaar familievermogensrecht in tijden van crisis, WPNR 6966 (2013), p. 186-198.

Het blijkt dat talrijke regelingen zijn ontworpen en gebruikt met een groeiende welvarendheid voor ogen. Dat leidt in tijden van crisis tot een aantal lastige problemen, bijvoorbeeld bij waarderingskwesties, bij de afwikkeling van nalatenschappen en bij de eigen woning. De auteurs hebben daar een aantal van in kaart gebracht en waar mogelijk van enige praktische handreikingen voorzien. De jurist van nu dient een product te leveren dat zowel in goede als in slechte tijden hanteerbaar is, bijvoorbeeld op het gebied van het formuleren van uiterste wilsbeschikkingen en huwelijkse voorwaarden.

In aansluiting op deze hanteerbaarheidsproblematiek is een jaar later door dezelfde drie auteurs geschreven over het Wetsvoorstel bescherming erfgenamen tegen onverwachte schulden (art. 4:194a BW-ontwerp).³⁰ Ook hier staat de vraag centraal of de voorgestelde regeling hanteerbaar zal blijken te zijn. De auteurs concluderen dat dit niet het geval is. Zo lijkt het wetsvoorstel geen soelaas te bieden voor de 'zinkende nalatenschap' en enkele bekende schrijnende gevallen uit de jurisprudentie. Ook tegen de op de erfgenamen rustende schulden uit belastingen die ter zake van het openvallen van de nalatenschap worden geheven biedt het voorstel geen bescherming. Daarnaast kan het voorstel leiden tot het uit de weg gaan van beneficiaire aanvaardingen, omdat justitiabelen denken hun problemen te zijner tijd met hulp van de kantonrechter te kunnen oplossen.

Als kardinaal punt wordt aangevoerd dat de in art. 4:194a BW-ontwerp neergelegde billijkheidsnorm de kantonrechter slecht hanteerbaar is; een gevaar voor de rechtsuniformiteit. Al met al komt de regeling op de auteurs over als een weinig doordachte, halfslachtige aanpak van een serieus erfrechtelijk euvel: de privé-aansprakelijkheid na een 'onvoorzichtige' zuivere aanvaarding. Waarom moet een schuldeiser in Nederland beter worden van het overlijden van zijn schuldenaar, zo vragen zij zich af. De saisine is traditie, maar tradities zijn er om te heroverwegen. Een herziening van het systeem ligt voor de hand: de aansprakelijkheid van erfgenamen dient in beginsel beperkt te blijven tot de waarde van de goederen van de nalatenschap. De beneficiaire aanvaarding als primaire, automatische route, dus zonder griffierechten; ter griffie kunnen erfgenamen desgewenst zuiver aanvaarden of verwerpen.³¹ Een dergelijke fundamentele, hanteerbare wijziging maakt complexe tussenoplossingen als art. 4:194a BW-ontwerp overbodig. De tamelijk felle kritiek heeft geleid tot forse ingrepen in het wetsvoorstel.³²

3. Vastgoedrecht

a. Inleiding

De notaris is als vanouds goed thuis op het vastgoedrecht. Dit deel van het recht is veelal erg statisch recht. Dat betekent niet dat het bestaande recht niet in discussie zou staan. Het rechtsverkeer in onroerende zaken, in het bijzonder het consumentenvastgoed (of gewoon de koopwoningmarkt), is al gedurende lange(re) tijd onderwerp van discussie in de samenleving, de politiek en de wetenschap. In een langjarig project wordt onderzoek gedaan naar het beter laten functioneren van de vastgoedmarkt.

³⁰ Wet bescherming erfgenamen tegen onverwachte schulden: schuldeisers de klos met de 'Wet betos', WPNR (2014) 7019, p. 455 e.v.

³¹ Zie uitgebreider onder andere J.B. Vegter, *Grondslagen der beneficiaire aanvaarding naar Nederlands en Duits recht* (1989), p. 110 e.v., W.D. Kolkman, *Beneficiaire aanvaarding als hoofdregel*, FTV juni 2012, en het rapport 'Erven zonder zorgen' van het Centrum voor Notarieel Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen en Netwerk Notarissen, uitgebracht op 4 oktober 2012.

³² Zie thans Kamerstukken 34 224, Wijziging van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek om erfgenamen beter te beschermen tegen schulden van de erfflater (Wet bescherming erfgenamen tegen schulden).

Van tijd tot tijd moet ook wetgeving tegen het licht gehouden worden. De belangrijkste boeken van het BW zijn nu alweer 22 jaar geleden ingevoerd. Sommige boeken zijn inmiddels herhaalde malen aangepast of aangevuld, zoals Boek 1 en 7 BW, andere lijken een rustig bezit te zijn. Zo lijkt Boek 5 BW niet of nauwelijks te zijn gewijzigd, afgezien van wijzigingen in de titel over appartementsrechten en de nieuwe regeling inzake netwerken. Toch zijn er in Boek 5 BW onderwerpen te ontdekken, die aanpassing behoeven. Het gaat dan om onderwerpen die in de rechtspraak op problemen stuiten, dingen die niet goed of niet volledig genoeg geregeld zijn en bepalingen die onnodig ingewikkeld of onduidelijk geformuleerd zijn. In het kader van een in 2014 reeds gestart groot project wordt door 17 goederenrechtelijk georiënteerde auteurs geïnventariseerd op welke punten Boek 5 BW verbeterd kan worden om in de praktijk meer hanteerbaar te maken.

Maatschappelijk gezien zijn twee vastgoed onderwerpen de afgelopen jaren actueel: de vraag in hoeverre niet goed functionerende verenigingen van eigenaars bijdragen aan de problematiek in achterstandswijken en de kritiek op het erfpachtstelsel dat in sommige gemeenten in Nederland werd en nog steeds wordt gehanteerd bij gronduitgifte, met name met het oog op woningbouw. Op beide thema's zijn proefschriften bij het Notarieel Instituut Groningen verschenen.

Al deze projecten worden hierna verduidelijkt.

b. Verbetering betrouwbaarheid Basisregistratie Kadaster

Meer dan vroeger nog heeft het Kadaster een spilfunctie in de vastgoedketen. Sinds de invoering van de basisregistraties en in het bijzonder de Basisregistratie Kadaster (hierna ook: BRK), hebben de data die de Dienst voor de openbare registers en het kadaster (hierna ook: het Kadaster) bewaart een bijzondere betekenis gekregen. De kadastrale registratie en de kadastrale kaart werden basisregistratie, onder de nieuwe naam Basisregistratie Kadaster. De nieuwe status houdt onder andere in dat bestuursorganen bij hun handelen verplicht zijn uit te gaan van bepaalde gegevens de Basisregistratie Kadaster. Deze ontwikkeling heeft het belang van juridische juistheid van de kadastrale informatie – iets wat al langer een belangrijk speerpunt is in het beleid van het Kadaster³³ – sterk vergroot.

Het Kadaster heeft aan het Notarieel Instituut Groningen opdracht gegeven onderzoek te doen naar de mogelijkheden om de betrouwbaarheid van de Basisregistratie Kadaster te verbeteren, door daarin verkrijgingen van onroerende zaken krachtens erfopvolging en verjaring te verwerken, die niet door belanghebbenden zelf zijn ingeschreven.

Dat dit onderzoek zich richt op erfopvolging en verjaring hangt samen met het feit dat vaak wordt nagelaten dergelijke verkrijgingen te doen inschrijven in de openbare registers. Voor verjaring komt dat vermoedelijk doordat veel verjaringsverkrijgers zich er niet van bewust zijn dat hun rechtspositie niet al steunt op een ingeschreven verkrijging: ook vóór de voltooiing van de verjaringstermijn meent men rechthebbende te zijn, waarna de eigenlijke verkrijging onbewust geschiedt. Vanwege deze kenmerken van de verjaringsverkrijging – de juridische situatie sluit zich aan bij de al lang bestaande feitelijke situatie – heeft de wetgever bovendien tot uitgangspunt gekozen voor de verjaringsverkrijger een uitzondering te creëren op de regel dat niet-ingeschreven verkrijgingen niet kunnen

³³ Zie o.a. W.G. Huijgen, J. de Jong, H.D. Ploeger en J.A. Zevenbergen, Vergroting juridische betrouwbaarheid Kadaster (rapport OTB), Delft 2006 en (daarover) Z. Klaasse en W. Louwman, 'Vergroting juridische betrouwbaarheid Kadaster', WPNR (2007) 6728, met reactie van J.J. Storm en naschrift van Klaasse en Louwman in WPNR (2008) 6739.

worden tegengeworpen aan rechtverkrijgenden onder bijzondere titel die met de niet-ingeschreven verkrijging onbekend zijn (art. 3:24 lid 2 aanhef en onder e BW). Keerzijde van die uitzondering is echter dat ook verjaringsverkrijgers die zich wél van hun verkrijging bewust zijn, geen noodzaak hebben hun verkrijging te registreren zolang ze hun eigendom niet vervreemden.

Het gebrek aan belang bij inschrijving van de verkrijging is ook bij erfopvolging³⁴ – waar de verkrijgers zich in de regel wel van bewust zijn – reden om de verkrijging ongeregistreerd te laten: van de wel geregistreeerde (overleden) rechthebbende zijn nu eenmaal geen transacties meer te verwachten. Deze verkrijgingen blijven aldus ook vaak ongeregistreerd totdat de erfgenamen de onroerende zaak overdragen aan een derde of tot verdeling overgaan.

Het verrichte onderzoek bestaat uit drie onderdelen. Het eerste onderdeel is rechtstheoretisch van aard. De achtergrond van de onderzoeksopdracht wordt daarin verder uitgewerkt, met name de vraag wat de invloed van dit nieuwe systeem is op de verantwoordelijkheid van het Kadaster om zorg te dragen voor een verbeterde registratie en in hoeverre de inspanningen van de Dienst op dat gebied, in het licht van de ratio achter de Basisregistratie Kadaster, wenselijk zijn.

De nieuwe regeling van de Basisregistratie Kadaster verplicht slechts tot het zorgen voor overeenstemming van deze basisregistratie met de brondocumenten die daaraan ten grondslag liggen. Actief onderzoek naar verkrijgingen krachtens erfopvolging en verjaring en het registreren van de resultaten van dat onderzoek vallen daar niet onder. Wil men de registratie van verkrijgingen door erfopvolging en verjaring niettemin verbeteren, dan zijn daar verscheidene redenen voor aan te dragen. Een reden om de inschrijving van verjaringsverkrijgingen te bevorderen is gelegen in het feit dat verjaringsverkrijgers zich vaak niet bewust zijn van hun verkrijging, zodat hun geen verwijt kan worden gemaakt van het uitblijven van de registratie.

Het civiele recht houdt daar rekening mee, door aan de verjaring een bijzondere positie toe te kennen op het terrein van de derdenbescherming: ook een niet geregistreeerde verjaring kan worden tegengeworpen aan iemand die met de verkrijging onbekend was (art. 3:24 lid 2 aanhef en onder e BW). Onder de Basisregistratie Kadaster wordt echter geen rekening gehouden met deze bijzondere positie van de verjaringsverkrijger: ook hij telt in publiekrechtelijk opzicht pas mee als rechthebbende wanneer hij zijn recht heeft geregistreerd. Hoewel de bijzondere positie van de verjaringsverkrijger niet verplicht tot aanvullende bescherming, kan daarin wel een argument worden gevonden om die bescherming te bieden.

De tweede reden voor een verbetering van de registratie betreft de maatschappelijke kosten die moeten worden gemaakt in gevallen waarin onduidelijk is wie eigenaar is van een onroerende zaak. Dat speelt met name op het terrein van niet-ingeschreven

³⁴ Soms hebben erfgenamen wel een duidelijk belang bij inschrijving. Wanneer men verkregen heeft krachtens een testament waarvan men denkt dat de notaris die met een eventuele overdracht belast wordt, niet op de hoogte geraakt (bijvoorbeeld een onderhands buitenlands testament) doet men er verstandig aan de verkrijging in te schrijven. Derdenbescherming is bovendien mogelijk in het geval dat een niet-bestuursbevoegde echtgenoot overlijdt en de bestuursbevoegde echtgenoot niet als enige gerechtigd wordt tot gemeenschappelijke onroerende zaken waarop het regime van art. 1:88 BW niet van toepassing is. Vóór het overlijden kon de bestuursbevoegde echtgenoot zonder medewerking van anderen over deze zaken beschikken, maar nadien is de medewerking nodig van de erfgenamen.

erfopvolgingen. Denkbaar is dat deze kosten hoger zijn dan de kosten van een verbeterde registratie. In dat geval kunnen met een verbeterde registratie kosten worden bespaard. In dit rapport wordt daarom in kaart gebracht op welke manieren de registratie van erfopvolgingen en verjaringen verbeterd kan worden en welke maatschappelijke besparingen en kosten een dergelijke verbetering meebrengt.

Bijwerking van de BRK geschiedt door bijhouding of vernieuwing, aldus art. 53 Kw. Van die twee figuren biedt de vernieuwing (art. 74 e.v. Kw) het Kadaster de mogelijkheid veranderingen in de rechtstoestand geheel op eigen initiatief te registreren. Dat lijkt dan ook de meest aangewezen regeling om de registratie van erfopvolgingen en verjaringen te verbeteren.

Over de precieze ruimte die de vernieuwingsregeling biedt om de registratie van verjaringsverkrijgingen te verbeteren, is weinig bekend. Dit rapport laat zien dat het uiterst onwaarschijnlijk is dat deze regeling de mogelijkheid biedt om verkrijgingen te registreren indien niet met een grote mate van zekerheid vaststaat dat zij zich hebben voorgedaan.

Verkrijgingen door verjaring leiden er in de praktijk vaak toe dat de perceelsgrenzen op de kadastrale kaart elders liggen dan de erfgronden in het veld. Deze verkrijgingen moeten duidelijk worden onderscheiden van de gevallen waarin de juridische grenzen afwijken van de grenzen op de kadastrale kaart, omdat de grenzen op de kaart verschillen van de grenzen op het daaraan ten grondslag liggende veldwerk. In die gevallen bestaat een discrepantie tussen de brondocumenten en de basisregistratie. Die discrepanties dient het Kadaster weg te nemen.

In discussies over verkrijgende verjaring blijkt het vaak zeer twijfelachtig of de verjaring al dan niet is ingetreden. Dat brengt met zich dat de vernieuwingsprocedure (art. 74 e.v. Kw) meestal geen geschikte methode is voor de registratie van verjaringsverkrijgingen. Daarop zijn twee uitzonderingen denkbaar: in de eerste plaats het geval waarin alle betrokkenen het eens zijn over de verjaring en in de tweede plaats de situatie waarin de verjaring evident is, terwijl degene tegen wie zij werkt niet gevonden kan worden. Het gaat dan in het bijzonder om gevallen waarin iemand als eigenaar geregistreerd staat van een aantal percelen, te midden waarvan zich een perceel bevindt dat op naam staat van een derde, die zich al decennia niet meer om de grond heeft bekommerd. Dat laatste is in voorkomende gevallen evident, bijvoorbeeld als wel een overdracht is beoogd van het perceel aan de eigenaar van de omliggende percelen, maar dat – bijvoorbeeld omdat het perceel niet in de akte van overdracht genoemd was – is mislukt.

Van de genoemde twee uitzonderingen leent vooral het tweede geval zich voor gebruik van de vernieuwingsprocedure. Stemt de geregistreerde eigenaar in met de verjaring, dan kan de registratie beter worden gerealiseerd op een wijze die formeel meer zekerheid biedt dan de inschrijving van een vernieuwingsbesluit. De inschrijving van een vaststellingsovereenkomst biedt in zulke gevallen de meeste zekerheid. Een mogelijkheid om de registratie van verjaringsverkrijgingen te verbeteren, is daarom gelegen in het bevorderen van de inschrijving van verjaringen door betrokkenen zelf, door de kosten die gemoeid zijn met het doen opmaken en inschrijven van een dergelijke vaststellingsovereenkomst, geheel of gedeeltelijk te vergoeden. Andere mogelijkheden die in het rapport worden besproken, zijn het opnemen van een aantekening in de BRK waarin melding wordt gemaakt van een discrepantie tussen de grenzen op de kadastrale kaart en

de grenzen in het veld en de afschaffing van de mogelijkheid van verkrijgende verjaring buiten de registers om. Die beide opties worden afgewezen.

Registratie van de erfopvolging door middel van inschrijving van een verklaring van erfrecht in de openbare registers vindt in minder dan een kwart van de nalatenschappen plaats, ondanks het feit dat erfgenamen vaak wel een verklaring van erfrecht hebben laten opstellen. Inschrijving geschiedt vooral om correspondentie op naam van de overledene te voorkomen. De voornaamste reden om de verklaring van erfrecht niet in te schrijven zijn de daaraan verbonden kosten.

In het gros van de gevallen wordt pas als gevolg van inschrijving van een leveringsakte – na verkoop aan een derde – of een akte van verdeling duidelijk wie tot dat moment de eigenaars/erfgenamen zijn geweest. Tussen het moment van overlijden van de erflater en de verkoop of toedeling van de onroerende zaak kan echter gedurende een lange periode onduidelijk zijn aan wie de onroerende zaak toebehoort.

Het belang van een goede registratie van erfopvolgingen is vooral gelegen bij anderen dan de erfgenamen zelf. Om die reden is onderzocht hoe de inschrijving van verklaringen van erfrecht kan worden bevorderd zonder erfgenamen met hogere kosten te confronteren.

Een aanzienlijk deel van de erfgenamen maakt niet de gang naar de notaris voor een verklaring van erfrecht. Men zou na het vermelden van het overlijden van een rechthebbende in de BRK een kennisgeving daarvan kunnen versturen waarbij de erfgenamen worden voorgelicht over de mogelijkheid een verklaring van erfrecht te laten opstellen en inschrijven in de openbare registers.

Verlaging van het inschrijvingstarief voor een verklaring van erfrecht heeft naar verwachting onvoldoende effect. Omdat de kosten van inschrijving voor ongeveer een derde deel uit notariële kosten bestaan, is het evenzeer de vraag of afschaffing van het inschrijvingstarief zal leiden tot het standaard doen inschrijven van de verklaring van erfrecht. Om dat wel te bereiken zal men een vergoeding kunnen geven aan de erfgenamen die binnen korte termijn na het overlijden van de rechthebbende – bijvoorbeeld binnen drie maanden – een verklaring van erfrecht hebben doen inschrijven.

Een aantal notarissen heeft in de enquête aangegeven voorstander te zijn van bij verordening verplicht gestelde inschrijving van de verklaring van erfrecht. Tegen deze verplichting bestaat echter als bezwaar de kosten die erfgenamen worden gedwongen te maken voor het inschrijven van een verklaring van erfrecht. Een inschrijvingsplicht leidt niet enkel tot het ‘naar voren halen van kosten’, maar juist tot extra kosten voor erfgenamen.

Op dit moment is het goedkoper om te wachten met het inschrijven van de erfopvolging tot de woning verkocht en geleverd wordt aan een derde. Het verhogen van het inschrijvingstarief voor een leveringsakte in gevallen waarin de erfopvolging nog niet is ingeschreven in combinatie met een lager tarief voor binnen drie maanden na overlijden ingeschreven verklaringen van erfrecht, stuit echter op het bezwaar dat de kosten van de leveringsakte doorgaans door de kopers van een onroerende zaak worden gedragen. Deze financiële prikkel hoeft niet noodzakelijkerwijs door te werken naar de erfgenamen. In gevallen waarin het voor erfgenamen niet opportuun is een verklaring van erfrecht te laten opstellen – indien bijvoorbeeld de wettelijke verdeling van toepassing is, heeft men de verklaring in het rechtsverkeer niet altijd nodig – is de verhoging van het tarief wel een zware sanctie. Het is de vraag of de maatschappelijke noodzaak daarvoor aanwezig is. Deze

maatregel is financieel gezien wel aantrekkelijk, omdat hij kostenneutraal kan worden opgezet.

Het erfopvolgingsonderzoek kan onder omstandigheden zeer omvangrijk en complex zijn. Bij het vaststellen van de erfgenamen moet namelijk met een groot aantal factoren rekening worden gehouden die op het snijvlak van het erfrecht en het personen- en familierecht gelegen zijn. Ondanks uitgebreide recherche blijft het risico bestaan dat de erfopvolging niet correct is vastgesteld. Moeilijk te rechercheren kwesties als onwaardigheid, buitenlandse testamenten en postume vaderschapsacties kunnen de erfopvolging beïnvloeden.

Het Kadaster is niet bevoegd een notaris opdracht te geven tot het opstellen en inschrijven van verklaringen van erfrecht. Gelet op het feit dat voor een groot deel van de nalatenschappen een verklaring van erfrecht zal zijn opgesteld in opdracht van de erfgenamen, lijkt deze maatregel bovendien onnodig duur. Dit is ook het geval indien men voor inschrijving van een beperkte verklaring kiest.

Rekening houdend met het doel van de vernieuwingsprocedure – het weer in overeenstemming brengen van de BRK met de werkelijkheid – dient het erfgenaamschap, net als bij de verklaring van erfrecht, boven iedere redelijke twijfel verheven te zijn. De met het vernieuwingsonderzoek belaste ambtenaren zullen derhalve voldoende geschoold dienen te zijn in het erfrecht en het personen- en familierecht. Omdat binnen het Kadaster momenteel onvoldoende expertise bestaat op deze rechtsgebieden, verdient het aanbeveling het feitelijke vernieuwingsonderzoek uit te besteden aan een specialist zoals de notaris. Voor het arbeidsintensieve vernieuwingsonderzoek geldt ook dat de kosten hoog zijn.

Het bijwerken van de BRK aan de hand van aangiftes voor de erfbelasting is niet wenselijk omdat de betrouwbaarheid daarvan tekortschiet. Dat is ook de reden geweest waarom men gestopt is met het bijwerken van de kadastrale registratie aan de hand van successiememories. Het opsporen van erfgenamen zou vergemakkelijkt kunnen worden door het Kadaster de bevoegdheid toe te kennen om een aantekening met feitelijke informatie uit de GBA en het CTR in de BRK op te nemen. Men dient er voor te waken dat aan deze aantekening geen rechtsgevolgen worden verbonden. Evenmin zou de aantekening een wijziging in de tenaamstelling tot gevolg moeten hebben. Dit systeem is goedkoop, snel en betrouwbaar. Daar staat tegenover dat de bruikbaarheid van de aantekening veel beperkter is in verhouding tot een ingeschreven verklaring van erfrecht of een akte van vernieuwing. Desalniettemin lijkt het, rekening houdend met de lage kosten, de beste van de hierboven beschreven alternatieven voor het verbeteren van de registratie van erfopvolgingen.

Het tweede onderdeel van het onderzoek is het empirische onderzoek naar de effecten van een verbeterde registratie. Wat zijn daarvan de kosten en welke voordelen zijn daarvan voor de gebruikers van de BRK te verwachten?

Voor het empirische onderzoek naar de hinder en de problemen die bij de heffing van gemeentelijke belastingen worden ondervonden van een onjuiste Basisregistratie Kadaster, is telefonisch contact gezocht met vrijwel alle gemeentes in Nederland. Op die manier is geprobeerd in contact te komen met ambtenaren die een goed zicht hebben op de wijze waarop de heffing en invordering van gemeentelijke belastingen in hun gemeente

georganiseerd is. Getracht werd respondenten te vinden die goed in staat zouden zijn de volgende vragen te beantwoorden:

- Hoe vindt de inning van belastingen plaats wanneer een overledene als eigenaar geregistreerd staat?
- Welke extra kosten worden gemaakt om de erfgenamen van deze personen op te sporen?
- Hoe worden de opgespoorde erfgenamen geregistreerd?
- Wordt deze registratie gedeeld met anderen?
- Stuit u op de situatie dat een onroerende zaak als gevolg van verjaring in eigendom is bij iemand anders dan degene aan wie u de aanslag heeft opgelegd, hoe gaat u daarmee om en welke kosten zijn daarmee gemoeid?

Het empirische onderzoek onder de gemeentelijke grondbedrijven en afdelingen grondzaken is gerealiseerd door middel van een online enquête en een beperkt aantal daarop aansluitende telefonische interviews. Voor het werven van respondenten ten behoeve van de online enquête is telefonisch contact opgenomen met vrijwel alle gemeentelijke grondbedrijven/afdelingen grondzaken. Getracht werd respondenten te vinden die antwoord konden geven op vragen als:

- Hoe vaak wordt uw organisatie geconfronteerd met grond die volgens de BRK op naam van een overledene staat?
- Wordt in dat geval door of namens uw organisatie onderzoek gedaan naar de erfgenamen?
- Kunt u een indicatie geven van het aantal gevallen per jaar dat iemand anders dan degene die in de BRK als rechthebbende is vermeld, krachtens verjaring claimt rechthebbende te zijn.
- Wat doet u met een dergelijke claim?
- Tot wat voor problemen leidt onduidelijkheid over wie de rechthebbende van een stuk grond is voor uw beleidsvoering?
- Kunt u aangeven tot wat voor kosten die problemen leiden?

Er zijn 336 respondenten bereid gevonden om aan onze enquête deel te nemen. Zij kregen per e-mail een uitnodiging met daarin een link naar de online enquête. Van hen hebben uiteindelijk 189 respondenten de enquête volledig ingevuld. De antwoorden van respondenten die de enquête niet hebben afgemaakt, zijn niet in het onderzoek meegenomen.

De Basisregistratie Kadaster wordt niet alleen geraadpleegd door overheidslichamen die op geregelde basis informatie nodig hebben over de rechtstoestand van een onroerende zaak. Ook particuliere instanties hebben deze informatie nodig. Wanneer zij als gevolg van een niet-ingeschreven erfopvolging of verjaring niet (goed) in staat zijn te achterhalen wie gerechtigd is tot een onroerende zaak, kan ook dat leiden tot maatschappelijke schade, te meer wanneer de betreffende instellingen een bepaald maatschappelijk nut beogen. Om die reden hebben wij ook onderzoek verricht onder bedrijven die gebruikmaken van de Basisregistratie Kadaster. In totaal zijn 9 personen geïnterviewd. Allen zijn zij werkzaam bij bedrijven die op grote schaal informatie nodig hebben over de eigendomstoestand van onroerende zaken en hebben zij zicht op de mate waarin binnen hun organisatie problemen ontstaan op dat gebied. Bijvoorbeeld iemand die bij ProRail werkt en zich bezig hield met de Betuwelijn, de HSL-Zuid en de Hanzelijn.

Het empirisch onderzoek laat zien dat onjuistheden als gevolg van niet-ingeschreven erfopvolgingen en verjaringen maar zelden tot problemen leiden. Als deze problemen zich wel voordoen, is de omvang van de kosten sterk afhankelijk van het doel waarvoor de BRK gebruikt wordt.

Het hoogst zijn de kosten bij de verstrekking van bijstandsuitkeringen: blijft de verkrijging van een erfenis door een bijstandsgerechtigde gedurende lange tijd onopgemerkt, dan kan dat leiden tot een groot bedrag aan te veel verstrekte bijstand die niet meer met succes kan worden teruggevorderd. In ons onderzoek hebben wij een poging gedaan een schatting te maken van de omvang van de kosten die op dit gebied bespaard kunnen worden wanneer de verkrijging van onroerende zaken door bijstandsgerechtigden sneller aan het licht zou komen.

De onderzoekers komen tot een schatting van ongeveer € 45 per niet-ingeschreven erfopvolging, waarvan de vraag is in hoeverre deze met een verbeterde inschrijving kan worden voorkomen. Gebleken is namelijk dat bijstandsafdelingen lang niet altijd via Kadaster-on-line of Suwinet nagaan of een bijstandsgerechtigde onroerende zaken op zijn naam heeft.

Los daarvan is onze inschatting dat een verbetering van de registratie met het oog op het voorkomen van bijstandsfraude per saldo onvoordelig is. Deze kosten worden namelijk niet voorkomen met de enkele afschaffing van het inschrijvingstarief; wie zijn verkrijging voor de bijstandsverstrekker verborgen wil houden, zal ook aan een gratis inschrijving geen behoefte hebben. Dat betekent dat alleen de relatief dure methode, waarin het Kadaster zelf de verkrijging opspoort en registreert, hier een oplossing biedt. De kosten daarvan zijn echter vele malen hoger dan de eventueel te besparen € 45 per geval.

Bovendien is het de vraag of dit type belastingfraude niet beter op een andere wijze kan worden aangepakt dan met een verbeterde betrouwbaarheid van de Basisregistratie Kadaster, bijvoorbeeld door de bijstandsafdelingen inzage te geven in de aangiftes voor de erfbelasting. Dat heeft als voordeel dat niet alleen verkrijgingen van onroerende zaken worden opgemerkt. Op andere terreinen kan een verbetering van enkel de registratie (waarvan de kosten zijn geschat op € 222 per geval) wel kosten voorkomen. Daar doen zich echter slechts op relatief kleine schaal problemen voor en – als zij zich wel voordoen – zijn de kosten gering. In het kader van de belastingheffing bedragen de te voorkomen kosten ongeveer € 0,97 aan aanmanings- en afschrijvingskosten en daarnaast 15 minuten arbeidstijd die een gemeentelijke ambtenaar nodig heeft voor het doen van onderzoek naar de erfopvolging. De resultaten van dit onderzoek worden min of meer standaard gedeeld met degenen die bij andere overheden belast zijn met de heffing, zodat mag worden verwacht dat daar (vrijwel) geen aanvullende kosten worden gemaakt voor onderzoek. Hooguit zal men daar eveneens aanmanings- en afschrijvingskosten moeten maken. Bovendien is het de vraag of de gemaakte kosten voorkomen zullen worden met een verbeterde registratie.

Bij deze getallen moet echter wel een kanttekening worden geplaatst. Het lijkt er namelijk op dat in relatief veel gevallen van overledenen met onroerende zaken, in het geheel geen verklaring van erfrecht wordt opgemaakt. Blijkens de respons in de enquête onder notarissen, wordt in niet meer dan 57 procent van de gevallen van overledenen met onroerende zaken een verklaring van erfrecht opgemaakt.

Goed denkbaar is dat met name in gevallen van een reguliere wettelijke verdeling wordt nagelaten een verklaring van erfrecht op te maken. Dat zijn tevens de gevallen waarin de maatschappelijke kosten van erfopvolging minimaal zijn: de langstlevende echtgenoot is vrij eenvoudig te traceren. Zou deze hypothese juist zijn – hetgeen de onderzoekers niet hebben kunnen verifiëren – dan zou een verbetering van de registratie per saldo goedkoper zijn, terwijl de te besparen onderzoeks-, aanmanings- en afschrijvingskosten groter zijn.

Gaat men ervan uit dat inderdaad in 57 procent van de gevallen van overledenen met onroerende zaken een verklaring van erfrecht wordt opgemaakt, terwijl met de verbetering van de inschrijving de genoemde kosten volledig voorkomen kunnen worden, dan vallen de gemiddelde kosten anders uit. De kosten voor het inschrijven van een 'probleemgeval' bedragen nog steeds € 222, maar daarmee worden kosten bespaard van € 1,70 voor aanmaning en afschrijving, alsmede 27 minuten arbeidstijd besteed aan onderzoek. Uitgaande van een – hoog ingeschat – uurtarief van de onderzoeker van € 100, komt de besparing dan op € 46,70 per geval. Zou dit de enige besparing zijn, dan kost de verbeterde registratie per saldo € 175,30.

De vraag is of het maken van deze kosten gerechtvaardigd kan worden door besparingen op andere terreinen. Ons onderzoek heeft zich verder nog gericht op personen die incidenteel de BRK raadplegen, in het bijzonder met het oog op de verwerving van (rechten op) onroerende zaken. Ook deze personen geven aan sporadisch te stuiten op gevallen van niet-ingeschreven erfopvolgingen. Komt dat voor, dan besteedt men in het kader van de gemeentelijke grondverwerving gemiddeld ongeveer 65 minuten aan onderzoek naar de erfopvolging. Bij particuliere organisaties lijkt dit aanmerkelijk langer te duren, namelijk 6 uur. Gelet op het feit dat de genoemde particuliere organisaties hun infrastructuur bij (sterke) voorkeur aanleggen in gemeentelijke grond, is het aantal keren dat zij dit onderzoek moeten verrichten, echter ook veel kleiner. Bovendien is de door hen aangegeven tijdsduur gebaseerd op de antwoorden van slechts een zeer gering aantal personen. De verwachte beperkte omvang van het probleem en de nog redelijk geringe kosten in het geval dat het probleem zich feitelijk voordoet, brengen ons tot de conclusie dat het zeer onwaarschijnlijk is dat onder deze groep respondenten € 175,30 per niet ingeschreven erfopvolging kan worden bespaard met een verbeterde registratie.

De kosten van een verbeterde registratie van verjaringsverkrijgingen bestaan uit een vergoeding voor de kosten van het doen opmaken en inschrijven van de verklaring van verjaring. In geval van een volledige compensatie, bedragen deze kosten ongeveer € 645 per inschrijving. Deze kosten kunnen niet worden gerechtvaardigd door de omvang van het maatschappelijke probleem van niet ingeschreven verjaringen. Slechts een enkeling onder onze respondenten geeft aan ooit hinder ondervonden te hebben van een niet door derden ingeschreven verjaring. De beperkte omvang van het probleem, tezamen met het feit dat de in te voeren maatregel slechts de meest duidelijke gevallen van verjaring – die in geval van niet-inschrijving tot de minste kosten leiden – brengt met zich dat zeer onwaarschijnlijk is dat met een verbeterde inschrijving van verjaringsverkrijgingen per saldo maatschappelijke kosten kunnen worden bespaard.

De onderzoekers hebben de voorlopige resultaten voorgelegd aan deskundigen bij de overheid, bij het Kadaster en in de wetenschap. Zij zijn in de gelegenheid gesteld kennis te nemen van het concept-rapport en daarop tijdens een op 27 september 2011 te Apeldoorn gehouden expertmeeting hun commentaar te geven. Het onderzoek heeft uiteindelijk in

2012 geleid tot de publicatie³⁵ met de uitkomst van onze bevindingen en aanbevelingen. Op basis van dit rapport zijn door het Kadaster bepaalde beleidsbeslissingen genomen, waaronder het laten vervallen van de inschrijfkosten van een verklaring van erfrecht.

c. Naar een verbeterde vastgoedketen

Nieuwe technische mogelijkheden, veranderde economische dynamiek en veranderingen in maatschappelijke opvattingen oefenen invloed uit op de functies en de functionarissen in de vastgoedketen. De rol van de makelaar en van de notaris bij de totstandkoming van de consumentenkoop onroerende zaken, alsmede de rol van het Kadaster in de 'vastgoedketen', staan hierdoor ter discussie. Het begon eigenlijk allemaal met een lezing ter gelegenheid van het afscheid van Wim Louwman als bewaarder van het Kadaster in 2011. Toen werd het idee geboren iets met de vastgoedketen te doen. Moeten voor overdracht van onroerende zaken wel steeds twee aktes (koop en levering) worden opgesteld? Is dat niet dubbelop? Wordt het werk van de bewaarder de facto niet in hoge mate gedaan door de notaris? Op welke punten kunnen geautomatiseerde systemen functies in de vastgoedketen overnemen?

Eén van de projecten die het Notarieel Instituut te Groningen is aangevangen betreft het voorstel voor multidisciplinair en integraal onderzoek naar de gehele vastgoedketen. De gedachte is dat de kennis en het inzicht die daarmee worden gegenereerd kunnen worden gebruikt om de gehele vastgoedketen nieuw vorm te geven. Het is van groot belang dat ieder onderdeel van dit onderzoek multidisciplinair van aard is, omdat 'eendimensionaal onderzoek' wellicht meer kennis van en inzicht in een specifiek vraagstuk kan verschaffen maar waarschijnlijk niet zal leiden tot het vinden van betere alternatieven. Juridische, technische en economische analyses zouden hand in hand moeten gaan. Dit laatste is voor het streven naar een efficiënter en effectiever vastgoedverkeer van groot belang. Ten slotte is empirisch onderzoek nodig, ook voor de beantwoording van juridische vragen. Hierbij staat een integrale benadering van de vastgoedketen voorop.

Belangrijk is ook de rol van banken bij het tot stand komen van financieringsarrangementen in de vastgoedketen. Financieringsproducten zitten juridisch ingewikkeld in elkaar en zijn mede daardoor vaak ondoorzichtig. Consumenten worden door banken niet adequaat voorgelicht. Men denke aan de woekerpolissen en de ondoorzichtigheid en eenzijdigheid van de voorwaarden voor hypothecaire financiering. Relevant is ook de financiële geletterdheid en het perspectief van de consument: wat weet en begrijpt hij van vastgoedtransacties waarop hij zich inlaat en wat is voor hem echt van belang? Hoe is het gesteld met de gemiddelde financiële kennis van consumenten? Hoe kiest de consument? De beantwoording van deze vragen is met name relevant voor de ontwikkeling van nieuwe woonarrangementen, zoals woon/zorg-arrangementen voor ouderen. Het valt te verwachten dat vele consumenten 'op leeftijd' hun besparingen, veelal belegd in hun eigen woning, zullen omzetten in woon/zorg-arrangementen. Dat is een groeimarkt. Men denke bijvoorbeeld aan het laten 'vollopen' van hypotheek (het bijlenen en aldus indirect 'opeten' van de woning).

De consument zou ook na een aantal jaren nog steeds tevreden moeten kunnen zijn over zijn toenmalige 'aankoop' en bijbehorende financiering. Kortom: het gaat om de duurzaamheid van de transacties in de vastgoedketen, die enkel mogelijk is wanneer de

³⁵ W.D. Kolkman R.J.L. Timmer, L.C.A. Verstappen, F.J. Vonck, Verbetering betrouwbaarheid Basisregistratie Kadaster, Boom Juridische Uitgevers Den Haag 2012.

consument zowel met betrekking tot de te kopen woning als voor wat betreft zijn financieringsarrangement juist, volledig, duidelijk, begrijpelijk en evenwichtig wordt voorgelicht.

De vastgoedketen wordt al jarenlang door de overheid gebruikt voor de uitvoering van verschillende overheidstaken. Daarbij kan worden gedacht aan belastingheffing, ruimtelijke ordening, huisvesting, milieu en criminaliteitsbestrijding, als concrete overheidstaken. De 'overheidsinterventies' verschillen wat doel en methode betreft en grijpen op verschillende plaatsen in op de vastgoedketen. Zo kan worden gewezen op de toenemende behoefte van de overheid om inzicht te krijgen in het rechtsverkeer in vastgoed, in het bijzonder met het oog op de criminaliteitsbestrijding. Het voorkomen van witwassen van zwart geld, het bestrijden van vastgoedfraude bij veilingen en het verzekeren van belastingheffing ter zake van vastgoedtransacties zijn enkele van de relevante publieke belangen die daarbij in het geding zijn.

Waardering van vastgoed is de spil van de hele vastgoedmarkt. Waardeontwikkelingen op de vastgoedmarkt zijn relevant voor de investeringsbeslissingen van pensioenfondsen, woningcorporaties, zorginstellingen en burgers bij de aanschaf van een woning. Waardering en waardeontwikkeling zijn niet alleen relevant voor de prijsvorming op de vastgoedmarkt, maar ook voor de belastingheffing en niet te vergeten voor de macro-economische ontwikkelingen in ons land. Transparantie met betrekking tot de voor waardering relevante factoren is essentieel. Dit aspect verdient met name aandacht wanneer het gaat om complexe vastgoedproducten, zoals bijvoorbeeld woon/zorg-arrangementen, maar ook de waarde van erfpacht. In dergelijke vastgoedarrangementen beïnvloeden de gemaakte afspraken de waarde(ring) van vastgoed.

De crisis op de vastgoedmarkt doet de behoefte groeien aan een effectiever rechtsverkeer in vastgoed met lage(re) transactiekosten. Dat bevordert de doorstroming op de markt. Daarmee wordt de mobiliteit op de vastgoedmarkt gediend, hetgeen de vastgoedmarkt weer vlot kan trekken. In die zin kan zelfs gesproken worden van een noodzaak tot hervorming van de vastgoedketen. De staatssecretaris van Veiligheid en Justitie heeft in de brief aan de Tweede Kamer waarbij hij het WODC-rapport inzake koop aanbod, opgemerkt dat door hem de mogelijkheden zullen worden onderzocht om de gemiddelde kostprijzen van de notariële dienstverlening op een bedrijfseconomisch niveau te brengen, waarbij ook de mogelijkheden worden verkend van een verdere digitalisering van het proces rond de overdracht van vastgoed en de vestiging van hypotheek.

Het onderzoek dient vanuit economische, technische en juridische invalshoeken in kaart te brengen op welke wijze de aankoop, financiering, verkrijging, levering en registratie (of in het algemeen gezegd: het rechtsverkeer) in consumentenvastgoed in Nederland, met inachtneming van een aantal aannames van toekomstige ontwikkelingen in de techniek en in de maatschappij en mede gelet op de relevante publieke belangen die spelen, op de meest effectieve en efficiënte wijze kan worden vormgegeven. Het dient de meest optimale 'prijs/kwaliteitsverhouding' weer te geven.

Onderzocht wordt de consumentenvastgoedketen, of wat anders geformuleerd: koopwoningenmarkt. Zowel het vinden van een woning, het sluiten van de koopovereenkomst en de hypotheekverstrekking, als de juridische levering, de vestiging van de hypotheek en de registratie van alle relevante transacties. In dit kader laat zich ook

de vraag stellen welke relevante publieke belangen een rol spelen in de vastgoedketen. Men kan daarbij denken aan:

- marktordening;
- duurzaamheid van rechtsarrangementen;
- rechtszekerheid;
- stabiele economische ontwikkeling;
- criminaliteitsbestrijding;
- belastingheffing;
- beleidsinformatie voor de overheid;
- realisatie overheidsbeleid (ruimtelijke ordening, wonen en zorg, milieu).

Deze en andere relevante publieke belangen zijn maatgevend voor de vormgeving van de vastgoedketen in de woningmarkt. De actoren in de vastgoedketen zullen naast de private belangen van betrokken partijen, ook deze belangen in ogenschouw moeten nemen. Deze belangen zijn verschillend van aard en betekenis in de vastgoedketen, maar hebben gemeen dat ze als publiek belang kunnen worden aangemerkt. Bepaald moet worden wat het soortelijk gewicht van deze belangen is.

Aan de kleine projectgroep in het kader waarvan de eerste brainstormsessie plaatsvonden, namen deel prof. mr. dr. ir. J.A. Zevenbergen van ITC Universiteit Twente, prof. dr. D. Brounen van de Universiteit van Tilburg en prof. mr. dr. W. Burgerhart en prof. mr. dr. L.C.A. Verstappen van de Rijksuniversiteit Groningen. Tot de concrete activiteiten van het Notarieel Instituut behoren het bijeenbrengen van stakeholders op 16 mei 2012 in Den Haag, alwaar aan de hand van stellingen werd gediscussieerd over mogelijke verbeteringen in de vastgoedketen. De resultaten daarvan werden meegenomen in een notitie die de basis heeft gevormd voor het trachten te werven van onderzoeksgelden voor een groot onderzoeksproject. Op 18 november 2014 werd te Den Haag het eerste symposium gehouden over de vastgoedketen.³⁶ Dat heeft geresulteerd in een in 2015 verschenen bundel 'Naar een verbeterde vastgoedketen'.³⁷

Digitalisering is een belangrijke ontwikkeling voor het notariaat als beroepsgroep. Het lijkt op dit moment nog ver weg dat de notariële akte op digitale wijze tot stand gebracht kan worden maar in de toekomst is dat zeker niet uitgesloten. Birgit Snijder-Kuipers leverde over dit onderwerp een bijdrage in een bundel.³⁸

d. Executieveiling

Diverse ontwikkelingen deden de vraag opkomen of de wetgeving rondom executieveilingen van vastgoed de optimale executoriale verkoopprocedure die leidt tot een zo hoog mogelijke netto-opbrengst bevatte. Zo bleek uit diverse mediaberichten en onderzoeken dat de opbrengst door verschillende oorzaken (waaronder samenspanning door 'vastgoedhandelaren') te laag is. Daarnaast bestond behoefte aan het gebruik van moderne communicatiemiddelen bij de veiling van vastgoed en een toekomstbestendige procedure, een behoefte waaraan door de huidige regeling onvoldoende kan worden

³⁶ Met als sprekers: prof. dr. ir. A.J. van der Vlist, mr. dr. F.J. Vonck, prof. mr. dr. W. Burgerhart, prof. mr. dr. ir. J.A. Zevenbergen en prof. mr. dr. L.C.A. Verstappen. Als referenten traden op: dr. A.M.I.B. Vandenberghe, R. Ebbling, prof. mr. W. Sniijders en mr. J. Vos.

³⁷ Onder redactie van F.J. Vonck en L.C.A. Verstappen, Boom Juridische Uitgevers Den Haag 2015.

³⁸ M.M.G.B. van Drunen en B. Snijder-Kuipers, De digitale notariële akte, in : Digitaal privaatrecht, Boom Juridische Uitgevers 2014, p. 53-68.

voldaan. Ten derde nam het aantal executoriale verkopen de laatste jaren onrustbarend toe. Uit cijfers van het Kadaster wordt duidelijk dat in 2002 nog 695 openbare veilingen per jaar plaatsvonden, terwijl dat aantal in 2011 was opgelopen tot 2.811.

Ook de actualiteit van de economische crisis heeft het onderwerp executieveiling stevig op de kaart gezet. Een toename van de schuldenproblematiek bij particulieren en bedrijven heeft geresulteerd in de toename van het aantal executieveilingen. Een geïntegreerde aanpak van deze problematiek was vereist, waarbij niet alleen gekeken werd naar de wijze van veilen, maar vooral ook naar wat daarvoor gebeurt in termen van preventieve inspanningen om het niet zover te laten komen. Gaandeweg doken ook verhalen van fraude rondom executieveilingen op.³⁹ Het gegeven dat de opbrengst op de executieveiling gemiddeld genomen erg laag was, vormde een aanwijzing dat de veiling niet optimaal werkte.

Reeds op 28 maart 2006 is door het Notarieel Instituut Groningen een bijeenkomst met stakeholders georganiseerd in Den Haag. Vertegenwoordigers van Nationale Hypotheek Garantie, makelaarsvereniging NVM, Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, Nederlandse Vereniging van Banken, Vereniging Eigen Huis, Rabobank, ABN-AMRO Bank, ING Bank, Ministerie van Justitie en Ministerie van VROM namen deel. Toen reeds werden concrete voorstellen tot verbetering besproken. Nadien is in vervolg op deze bijeenkomst de commissie Noordanus gevormd, die zich bezig heeft gehouden met concrete verbeterpunten ter voorkoming van executieveilingen. Verstappen is lid van deze commissie geweest. De afname van het aantal executieveilingen in 2012 (naar 2.488 woningen) valt vermoedelijk toe te schrijven aan deze andere aanpak.

Het Notarieel Instituut Groningen heeft daarnaast op twee wijzen bijgedragen aan de verbetering van de executieveiling in Nederland. Door de voortschrijdende ontwikkelingen op het terrein van de digitalisering werd het technisch mogelijk om te veilen via internet. Maar was dat ook juridisch mogelijk? Twee organisaties (Notarieel Instituut Internet Veilen en Nysingh Advocaten en notarissen) hebben leden van het Notarieel Instituut Groningen benaderd om advies rondom deze vraag.

De openbare veiling van registergoederen kent in het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een uiterst summiere regeling. Slechts de 16 artikelen in titel 3.2 (art. 514-529) Rv hebben specifiek daarop betrekking, in het Burgerlijk Wetboek zijn dit er zes. Verschillende van de in die bepalingen gebruikte bewoordingen riepen de vraag op of aan de daar gestelde vereisten ook kan zijn voldaan in geval van een internetveiling. In titel 3.2 Rv wordt in het bijzonder geregeld dat de executoriale verkoop geschiedt ten overstaan van een bevoegde notaris (art. 514 lid 1 Rv), op een door de notaris vastgestelde dag, uur en plaats (art. 515 lid 1 Rv), in het openbaar, eerst bij opbod en vervolgens bij afmijning (art. 519 lid 1 Rv). De precieze werking van de veiling en gang van zaken op de veiling worden niet wettelijk geregeld. Daartoe dient de notaris op de voet van art. 517 Rv de veilconditiën vast te stellen, waarna eventuele geschillen daarover kunnen worden voorgelegd aan de voorzieningenrechter (art. 518 Rv). In de praktijk pleegt men de 'Algemene veilingvoorwaarden executieveilingen 2006' te hanteren, maar daartoe verplicht het wettelijke regime uiteraard niet. Kon nu daarin geregeld worden dat de executieveiling

³⁹ In december 2011 en januari 2013 legde de Autoriteit Consument en Markt boetes op aan 79 vastgoedhandelaren die zich in de periode juni 2000 tot en november 2009 schuldig maakten aan kartelvorming bij de vastgoedveiling, zie 'ACM publiceert boetebesluiten in de kartelzaak huizenhandelaren bij executieveilingen', 12 september 2013, via <www.acm.nl>.

naast in een zaal ook of zelfs uitsluitend via internet kon plaatsvinden? Op grond van historisch-dogmatisch onderzoek is men tot een bevestigende beantwoording gekomen wanneer naast in de veilingzaal, ook via internet geboden kan worden. In 2011 is hieromtrent een belangrijke publicatie van Vonck verschenen in het WPNR.⁴⁰

Onderdeel van de activiteiten van het Notarieel Instituut Groningen is geweest om op dit terrein promotieonderzoek te laten verrichten. Irene Visser heeft dat op zich genomen.

In haar onderzoek staat de executoriale verkoopprocedure van onroerende zaken door de hypotheekhouder centraal, die voor het laatst in 1992, bij de invoering van de algemene delen van het BW, integraal is herzien. Deze ontwikkelingen vormen de aanleiding voor dit onderzoek, dat als eerste de gehele wettelijke executoriale verkoopprocedure systematisch vanuit juridisch perspectief beschouwt. Hiertoe is de huidige wettelijke regeling grondig geanalyseerd, waarbij niet alleen de knelpunten, maar ook het ontstaan van de regeling, de regeling zelf en vergelijkbare regelingen in het buitenland zijn onderzocht.

Uit bestaande onderzoeken kwamen de volgende knelpunten naar voren: de afwijkende risicoverdeling, de vergaande huurbescherming en het misbruik daarvan, de geringe transparantie van het veilingstelsel voor nieuwkomers, de vatbaarheid van het veilingstelsel voor samenspanning en intimidatie, de asymmetrische informatievoorziening over de staat van onderhoud en de kostenstructuur. In het proefschrift is deze problematiek ingedeeld op twee niveaus; het macroniveau van regelgeving met betrekking tot de executoriale verkoop en het microniveau van uitvoering van deze regelgeving.

De negatieve berichtgeving over de executoriale verkoop vormde ook aanleiding voor diverse initiatieven tot verbetering van de procedure in de praktijk en aandacht voor de problematiek in de politiek. Voor een goed beeld van deze ontwikkelingen en de huidige stand van zaken zijn de praktijkinitiatieven en politieke ontwikkelingen ook in het proefschrift besproken. In de praktijk leidde de regionalisering tot grotere, centraal georganiseerde veilingen om het risico op samenspanning en andere vormen van prijsbeïnvloeding te verminderen. Tevens is de veilingprocedure door formalisering en uniformering geprofessionaliseerd.

In de politiek is vanaf de eerste berichtgeving over de veiling in Kamervragen, moties en een interpellatiedebat aangedrongen op ingrijpen. Dit leidde uiteindelijk tot het verschijnen van het wetsvoorstel 'Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek in verband met het transparanter en voor een breder publiek toegankelijk maken van de executoriale verkoop van onroerende zaken', dat op 21 november 2012 is aangeboden aan de Tweede Kamer⁴¹ en heeft geleid tot de Wet van 1 oktober 2014 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek in verband met het transparanter en voor een breder publiek toegankelijk maken van de executoriale verkoop van onroerende zaken, Stb. 2014, 352. De totstandkoming van deze wet, die belangrijke verbeteringen heeft gebracht, liep zowat parallel met het proefschriftonderzoek van Visser. Het spreekt voor zich dat frequent overleg tussen promovenda en ministerie heeft geleid tot wederzijdse bevruchting en verbetering van zowel wetsvoorstel als proefschrift.

⁴⁰ F.J. Vonck, Executoriale verkoop van registergoederen via internet, WPNR 2011/6882.

⁴¹ Wetsvoorstel 33 484

Het onderzoek vond plaats in het licht van de hiervoor beschreven ontwikkelingen die nopen tot een grondige bestudering van de gehele regeling van de executoriale verkoopprocedure van onroerende zaken door de hypotheekhouder. Centraal stond de vraag op welke wijze bij de executoriale verkoop een zo hoog mogelijke netto-opbrengst behaald kan worden. De nadruk ligt op een analyse van de huidige wettelijke regeling en de gesignaleerde knelpunten bij de uitvoering daarvan. Het onderzoek beoogt een bijdrage te leveren aan zowel de juridische theorievorming betreffende de executoriale verkoopprocedure alsmede concrete oplossingen te bieden voor knelpunten in de huidige regeling.

De beantwoording van de centrale onderzoeksvraag geschiedt aan de hand van de volgende onderzoeksvragen:

1. Hoe is de huidige wettelijke regeling van de executoriale verkoopprocedure door de hypotheekhouder tot stand gekomen en welke knelpunten zijn gesignaleerd ten aanzien van de huidige regeling?
2. Welke uitgangspunten kunnen worden geformuleerd voor de executoriale verkoopprocedure, ten behoeve van het zoeken naar oplossingen voor de gesignaleerde knelpunten?
3. In hoeverre kan door aanpassingen in de regelgeving met betrekking tot de executoriale verkoopprocedure een oplossing worden geboden voor de gesignaleerde knelpunten?
4. In hoeverre kan uit de regelgeving van de executoriale verkoopprocedure in andere EU-Lidstaten inspiratie worden gehaald voor de gesignaleerde knelpunten in de Nederlandse regeling?

Onderzoek naar de executoriale verkoop is onlosmakelijk verbonden met de uitvoerbaarheid van de wetgeving in de praktijk. Het onderzoek heeft daarom een grote praktische component. Om meer inzicht te krijgen in deze praktijk en de hoedanigheid waarin de knelpunten zich manifesteren heeft Visser gesproken met diverse stakeholders (notarissen, 'hypotheckair financiers' en belangenorganisaties) en heeft zij diverse executieveilingen bezocht. Bij de interviews met notarissen is gezorgd voor regionale spreiding. De interviews en veilingbezoeken vormden het startpunt van dit onderzoek. Om deze reden zijn zij gebruikt als achtergrondinformatie. Ook is Visser gedurende haar onderzoek werkzaam geweest als jurist bij een notarisorganisatie die ook veel initiatieven op veilinggebied geïnitieerd heeft.

Vanwege de praktische kant van dit onderzoek zijn ook meer praktische bronnen geraadpleegd, zoals door de jaren heen opgestelde algemene veilingvoorwaarden en de toelichting daarop, richtlijnen van de rechtspraak voor de behandeling van verzoekschriften in het kader van de executoriale verkoop, landelijke dagbladen verschenen vanaf 2004 en vakbladen en websites die aan het onderhavige onderwerp artikelen hebben gewijd.

Bij de bespreking van het begrip 'een zo hoog mogelijke opbrengst' en van het belang van informatievoorziening is gebruik gemaakt van economische literatuur. De reden hiervoor is dat de juridische literatuur voor deze beschouwing onvoldoende aanknopingspunten biedt.

Voor het rechtsvergelijkende onderzoek is gebruik gemaakt van questionnaires, die zijn verzonden via de KNB en de Conseil des Notariats de l'Union Européenne (CNUE). Voor questionnaires is gekozen, omdat daarmee zowel een beeld ontstaat van de wettelijke

regeling, als van de uitwerking daarvan in de praktijk. Op deze wijze is inzicht verkregen in de effectiviteit en werkbaarheid van de wetgeving. De questionnaires zijn verzonden naar alle bij de CNUE aangesloten landen. De keuze is gevallen op onderzoek onder EU-Lidstaten, omdat de rechtssystemen in belangrijke mate overeenkomen met het Nederlandse systeem. De eventuele oplossingen die met het rechtsvergelijkende onderzoek gevonden worden, zijn daarom naar verwachting beter in te passen in ons rechtssysteem dan de oplossingen die andere rechtssystemen kunnen bieden. Bovendien zijn reeds eerder verkennende onderzoeken verricht naar aspecten van de executoriale verkoopprocedure in deze landen, die als uitgangspunt in het onderhavige onderzoek konden worden gebruikt.

Visser concludeert dat het in het belang van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst is dat de notaris en de hypotheekhouder de mogelijkheid hebben om op een zodanige wijze te verkopen dat onder de gegeven omstandigheden een zo hoog mogelijke netto-opbrengst behaald kan worden. De wetgeving moet hiertoe voldoende flexibiliteit bieden, omdat het aanbod op de executoriale verkoop divers is en in de procedure zoveel mogelijk ook toekomstige ontwikkelingen moeten kunnen worden ingepast. Hiertoe moeten zowel de executoriale verkoopprocedure zelf, als de gerechtelijke procedures in de executoriale verkoopprocedure op efficiënte en effectieve wijze worden ingericht. Bovendien moeten onnodige gerechtelijke procedures in de executoriale verkoopprocedure worden voorkomen. Bij wetswijzigingen op het gebied van de executoriale verkoopprocedure is het van belang de procedure te analyseren en beoordelen op de gevolgen ervan voor de lengte en de kosten van de procedure.

Visser doet een aantal voorstellen tot aanpassing en belicht de rol van notaris en hypotheekhouder.⁴²

e. Verbeteringen in Boek 5 BW

Zoals hiervoor in de inleiding al aangegeven, zijn er in Boek 5 BW onderwerpen te ontdekken die aanpassing behoeven. Het gaat dan om onderwerpen die in de rechtspraktijk op problemen stuiten, dingen die niet goed of volledig genoeg geregeld zijn en bepalingen die onnodig ingewikkeld of onduidelijk geformuleerd zijn.

Het Nederlandse onroerend goedrecht is gebaseerd op het uitgangspunt dat grond natrekt en het daarmee verband houdende onderscheid tussen onroerend en roerend.

Veranderingen in het gebruik van grond, nieuwe infrastructurele (net)werken, maar vooral het multifunctioneel gebruik van grond stellen dit uitgangspunt van ons BW op de proef. Is het nog wel geschikt om deze nieuwe ontwikkelingen in voldoende mate te accommoderen? Volstaan de traditionele rechtsfiguren als het gaat om wonen op water, grootschalige multifunctionele infrastructurele knooppunten, wouden windmolens, netwerken van glasvezelkabels, warmte-koudeopslag en zonnepaneleninstallaties voor groepen afnemende eigenaars? Hoe volume-eigendom vorm te geven? Het betreft hier hoofdzakelijk onderwerpen uit Boek 5 BW, over zakelijke rechten, maar deze problematiek houdt uiteraard ook verband met de bepalingen inzake natrekking en (on)roerend en de gemeenschap in Boek 3 BW.

Het burenenrecht is statisch recht. Wie door buurtschappen wandelt met de tekst van titel 4 BW in het achterhoofd, kan zo zien welke situaties wel en niet conform het burenenrecht zijn. Verjaring strijkt alle verschillen glad tussen de situatie ter plekke en hoe het volgens het

⁴² I. Visser, *De executoriale verkoop van onroerende zaken door de hypotheekhouder*, diss. Boom Juridische Uitgevers Den Haag 2013.

burenrecht zou moeten zijn. Maar de verjaringsregeling stimuleert ook landjepik. Gaat dat niet wat te ver? Hoe ver strekt de toepasselijkheid van het burenrecht? In de wettelijke regeling missen we bepalingen die de toepasselijkheid van het burenrecht op beperkte rechten op onroerende zaken (inclusief appartementsrechten) en op huur en pacht regelen.

Mandeligheid ziet volgens de wettekst op *eigendom* van een onroerende zaak die dienstbaar is aan de *eigenaars* van onroerende zaken. Ook hier doet zich de sinds 1992 opgeworpen vraag voor of deze rechtsfiguur ook kan worden toegepast op beperkte rechten op onroerende zaken en of ook beperkt gerechtigden kunnen meedoen in een mandeligheid. In de praktijk bestaat grote behoefte aan een duidelijke regeling nu de literatuur thans verdeeld is. Ook kan gedacht worden aan een nieuwe regeling voor de situatie na het einde van de wettelijke mandeligheid. Ten slotte kan gedacht worden aan een nieuwe regeling wanneer een deelgenoot onwillig is om bij te dragen aan de kosten van de mandeligheid.

Erfdienstbaarheden, kwalitatieve bedingen en kettingbedingen worden vaak met elkaar gecombineerd. De praktijk komt vaak niet toe met alleen erfdienstbaarheden. Maar welke werking komt een in de openbare registers ingeschreven kettingbeding toe, mede gelet op de rol van de notaris in het rechtsverkeer? Deze drie rechtsfiguren hebben de grens tussen verbintenissen- en goederenrecht doen vervagen. Bestaan er redenen om dit stelsel opnieuw te bezien?

Erfpacht en opstal zijn twee beperkte rechten die veel verwantschap vertonen en zich soms moeilijk verdragen met het eigendomsrecht. Vreemd is allereerst dat opstalrecht uitgaat van eigendom van gebouwen en werken en erfpacht niet, terwijl de rechtspositie nagenoeg gelijk is. Zouden beide rechtsfiguren niet in één wettelijke regeling samengebracht kunnen worden onder één benaming? Onduidelijk is thans in hoeverre het vestigen van opstalrecht op onderdelen van gebouwen mogelijk is. In hoeverre kan opstalrecht het eenheidsbeginsel doorbreken? Onderdelen van de wettelijke regeling zijn onduidelijk. Zo bijvoorbeeld de opzeggingsregeling. In hoeverre is die dwingend?

De vraag is of het BW-stelsel van erfpacht, dat kennelijk gebaseerd is op het uitgangspunt van gelijke partijen, niet volledig achterhaald. Voor andere gebruiks- en genotsrechten zoals huur en pacht, geldt een uitgebreid stelsel van consumentenbescherming die voor erfpacht vrijwel geheel ontbreekt.

Rondom de appartementensplitsing leven in de praktijk wensen om tot grotere standaardisering van modelreglementen te komen, alsmede het (nog) gemakkelijker doorvoeren van wenselijke wijzigingen van de splitsing. Ook bestaat behoefte aan eenvoudigere regelingen met betrekking tot eenvoudige splitsingen (zoals bijvoorbeeld de boven- en benedenwoning). De regeling van nietigheid en vernietigbaarheid van besluiten van de vereniging van eigenaars behoeft eveneens vereenvoudiging.

In augustus 2014 werden deze vragen voor het eerst voorgelegd aan de vaste medewerkers van het WPNR voor het onderdeel goederenrecht. Hun opmerkingen zijn vervolgens verwerkt. Daarna is op 16 september 2014 aan het slot van het najaarscongres van de Notariële Registergoed Specialistenvereniging een oproep gedaan aan de leden om aan te geven welke problemen zij thans ondervinden c.q. welke onderdelen van Boek 5 BW verbeterd moeten worden, en aan te geven hoe dat concreet vorm gegeven zou kunnen worden. De verkregen reacties vormden aanleiding om hiervan een concreet project te maken in de vorm van een themanummer voor het WPNR. Het bestuur van de KNB heeft

aan het WPNR evenwel gevraagd dit thema verder uit te werken in de vorm van een preadvies van de KNB voor 2016.

Een groot aantal auteurs, in totaal 17, is gevraagd vragen om dergelijke onvolkomenheden en verbeterpunten te bespreken en te voorzien van een eerste aanzet tot verbetering in de vorm van een ontwerp wetsvoorstel. De bijdragen hebben allemaal dezelfde opzet: beschrijving van het te verbeteren onderdeel (i), beschrijving wat er mis aan is (ii), beschrijving welke praktische problemen dat veroorzaakt (iii) en ten slotte welk concreet wijzigingsvoorstel daarin verbetering brengt dan wel het probleem oplost (iv). De preadviezen zijn thans in voorbereiding en zullen op de voorjaarsvergadering van de KNB van 2016 worden verdedigd.

f. Vereniging van eigenaars

In 2012 promoveerde Noortje Vegter op de Vereniging van eigenaars.⁴³ De vereniging van eigenaars (VvE) voert het beheer over de gemeenschappelijke gedeelten van een appartementencomplex. De VvE is aan het appartementsrecht gekoppeld om beslissingen over het beheer, het gebruik en het onderhoud van de gemeenschappelijke gedeelten en zaken in een appartementencomplex te vergemakkelijken en de gemeenschappelijke belangen van de appartementseigenaars beter te kunnen behartigen. Haar onderzoek richt zich op de aard en structuur van de VvE bij woongebouwen, in het licht van de bevoegdheidsafbakening tussen de individuele appartementseigenaar, de gemeenschap van eigenaars en de VvE, en tegen de achtergrond van de in de notariële praktijk gebruikte model-reglementen. Het doel van het onderzoek bestaat uit het formuleren van structurele oplossingen voor slecht functionerende VvE's.

Het onderzoek heeft een juridisch en een empirisch perspectief. Het juridisch perspectief komt naar voren in de beschrijving en analyse van de wettelijke regeling, de vergelijking met het appartementsrecht in Frankrijk, België en Duitsland en het jurisprudentieonderzoek naar enerzijds het gebruiksrecht van de appartementseigenaar en anderzijds de rechtspositie van de appartementseigenaar in de VvE. Het empirisch perspectief heeft betrekking op het functioneren van de VvE in Nederland. Binnen het empirisch perspectief zijn twee deelonderzoeken verricht: een exploratief onderzoek naar het verband tussen de juridische vormgeving van de VvE en het functioneren van de VvE en een toetsend onderzoek met betrekking tot het beheer van de gemeenschappelijke gedeelten van het appartementencomplex. In de conclusie worden enkele structurele oplossingen gepresenteerd voor slecht functionerende VvE's die zijn gebaseerd op voorgaand onderzoek.

In het tweede deel van het proefschrift staat het functioneren van de VvE in Nederland centraal. Het deel van de koopappartementen dat helemaal niet actief beheerd wordt, is beperkt. Waarschijnlijk voldoet rond de negentig procent aan minimaal één aspect van het formeel functioneren. Ongeveer drie kwart van de VvE's voldoet aan alle aspecten. Een formeel functionerende VvE heeft een bestuur, vergadert minimaal één keer per jaar, int periodiek een financiële bijdrage, houdt een reservefonds in stand, beschikt over een meerjarenonderhoudsplan en een gezamenlijke verzekering. Ongeveer tachtig procent van de VvE's functioneert materieel. Dit betekent dat de VvE onderhoud uitvoert aan de gemeenschappelijke gedeelten van het appartementencomplex. In 65 procent van de appartementencomplexen is sprake van achterstallig onderhoud, maar het aandeel waar

⁴³ N. Vegter, *De vereniging van eigenaars*, diss. Boom Juridische Uitgevers Den Haag 2012.

sprake is van ernstig achterstallig onderhoud is beperkt. Ernstig achterstallig onderhoud in appartementencomplexen is dus een incidenteel probleem.

Het verband tussen het formeel functioneren en het materieel functioneren is zwak tot matig. Achterstallig onderhoud wordt daarom niet altijd veroorzaakt door het niet formeel functioneren van de VvE. VvE's die aan meer aspecten van het formeel functioneren voldoen, onderhouden wel vaker de gemeenschappelijke gedeelten en zaken dan VvE's die aan minder aspecten van het formeel functioneren voldoen. De instandhouding van een reservefonds en de opstelling van een meerjarenonderhoudsplan is het meest van belang voor het uitvoeren van onderhoud aan de gemeenschappelijke gedeelten en zaken in een appartementencomplex.

Ook het zich houden aan de geldende regelingen draagt bij aan het functioneren van de VvE. De VvE is meer transparant als de VvE zich aan de wettelijke regelingen houdt. Bovendien is de VvE meer doelmatig als de besluitvorming plaats vindt in een op grond van de wet verplichte jaarlijkse vergadering. Daarnaast zijn de appartementseigenaars meer tevreden over het functioneren van de VvE als de regelingen worden nageleefd. Belangrijkst is dat het naleven van de geldende regelingen in het appartementencomplex bijdraagt aan de uitvoering van groot onderhoud aan de gemeenschappelijke gedeelten van het appartementencomplex.

In ongeveer veertig procent van de VvE worden de geldende regelingen goed nageleefd. Naast de juridische vormgeving draagt een goede onderlinge verhouding tussen de appartementseigenaars bij aan het functioneren van de VvE. Een hoge WOZ-waarde of een recent bouwjaar zijn ook positief van invloed op het functioneren van de VvE. Opvallend is het verschil in functioneren tussen grote VvE's en kleine VvE's. Kleine VvE's kunnen goed zorgdragen voor de uitvoering van groot onderhoud aan de gemeenschappelijke gedeelten van het appartementencomplex zonder zich aan de wettelijke regelingen te houden. Enige vorm van duurzame organisatie draagt wel bij aan het materieel functioneren. Achterstallig onderhoud wordt het meest veroorzaakt door een slechte onderlinge verhouding tussen de appartementseigenaars. Grote VvE's moeten zich wel houden aan de geldende regelingen. Achterstallig onderhoud wordt daar voornamelijk veroorzaakt door een slecht functionerend bestuur of een slecht functionerende beheerder. Aan het slecht functioneren van het bestuur of de beheerder ligt een gebrek aan transparantie ten grondslag.

De algemene conclusie is dat VvE's in Nederland behoorlijk goed functioneren. Op het gebied van transparantie, besluitvorming, handhaving en beheer zijn de problemen minder groot dan verwacht.

In het laatste onderdeel van haar proefschrift komt Vegter met structurele oplossingen voor slecht functionerende VvE's bij woongebouwen. Op grond van het onderzoek dient de aard en structuur van de VvE in de kern te blijven bestaan. Een eerste verbetering in de structuur van de VvE is aanpassing van de getrapte besluitvormingsprocedure. Unanimiteit blijft noodzakelijk voor het vervreemden en bezwaren van goederen die in de gemeenschap betrokken zijn. Vier vijfden meerderheid is vereist voor wijziging van de aandelenverhouding en de kostenverdeling. Drie kwart van de stemmen is nodig voor wijziging van de stemverhouding, terwijl twee derden meerderheid voldoende is voor wijziging van de overige statutaire bepalingen. Een volgende verbetering betreft het overhevelen van de relevante bepalingen uit titel 2 van Boek 2 BW naar afdeling 2 titel 9

van Boek 5 BW, zodat toepassing van de bepalingen uit het verenigingsrecht meer overzichtelijk wordt.

Vervolgens komt een aantal oplossingen tot uitdrukking in de statutaire bepalingen, die als apart notarieel document in de openbare registers dienen te worden gepubliceerd. Naar analogie van de Franse en Belgische regeling kan winst worden behaald door het gebruik van volmachten in de statuten te reguleren. Ook het gebruik van elektronische communicatiemiddelen dient in de statuten te worden gereguleerd, zodat de appartementseigenaars meer betrokken raken.

Vervolgens moet onderscheid worden aangebracht tussen de oplossingen voor slecht functionerende kleine en slecht functionerende grote VvE's. In kleine VvE's met twee appartementseigenaars kan besluitvorming volledig buiten de vergadering met behulp van elektronische communicatiemiddelen plaatsvinden, mits beide appartementseigenaars hun stem uitbrengen. Op basis van een besluit van de VvE kunnen beide appartementseigenaars bevoegd zijn de VvE te vertegenwoordigen. De VvE is niet meer verplicht een bestuur te benoemen en de inschrijving in het Handelsregister kan voor appartementsgebouwen gesplitst in twee appartementsrechten worden afgeschaft. Vervolgens zijn beide appartementseigenaars gezamenlijk aansprakelijk op grond van de kostenverdeling, waarbij het meest eenvoudig is de kostenverdeling evenredig aan de aandelenverhouding vast te stellen. De periodieke financiële bijdrage kan worden vastgesteld aan de hand van een meerjarenonderhoudsplan. Voor wijziging van de akte van splitsing blijft medewerking van beide appartementseigenaars vereist.

In grote VvE's is het ter verbetering van de transparantie van de rechtspositie van het bestuur belangrijk duidelijk onderscheid aan te brengen tussen de taken en bevoegdheden van het bestuur en de taken en bevoegdheden van de vergadering. Ook is het wenselijk het bestuur in de statuten meer informatieplichten op te leggen. Daarnaast kan de voorzitter van de vergadering een nuttige functie vervullen als intermediair tussen het bestuur en de vergadering en dient de raad van commissarissen op zorgvuldige wijze het functioneren van het bestuur te controleren in grote VvE's.

Tot slot kunnen enkele externe partijen bijdragen aan het verbeteren van het functioneren van de VvE in Nederland. De rol van de notaris kan worden aangescherpt voor zover het de insteek bij het opstellen en wijzigen van de akte van (onder)splitsing en de zorgplichten bij de overdracht van een appartementsrecht betreft. Het beleid van de gemeente zal terughoudend moeten zijn met betrekking tot het gebruik maken van de ingrijpende bevoegdheden die zijn toegekend bij de wetswijziging van 2011. Ook is het publiek belang onvoldoende toereikend om de samenwerking van VvE's in een overkoepelend orgaan af te dwingen.

Het is wellicht wel mogelijk voor de overheid om financiële steun te verlenen ter compensatie van de notariële kosten verbonden aan schaalvergroting of verbonden aan de activering van een VvE ten aanzien van een appartementsplitsing van voor 1972. Woningcorporaties zullen de huurders goed moeten informeren over de consequenties verbonden aan het ontstaan van steeds meer gemengde complexen. Tot slot zal er in de toekomst steeds meer behoefte zijn aan het uitbesteden van het beheer aan een professionele partij. Het is daarom wenselijk dat belangenorganisaties een sluitend systeem van certificering van VvE-beheerders ontwikkelen.

Thans is men bij het ministerie aan het denken over herziening van de wettelijke regeling van het appartementsrecht. Ook het algemene splitsingsreglement zal worden herzien. Het proefschrift van Vegter is een gedegen bijdrage aan de discussie hierover.

g. Erfpacht

Hoewel diverse gemeenten in het (recente) verleden hebben gekozen voor een systeem van gronduitgifte waarin erfpacht geen prominente rol meer speelt, blijkt de rechtsfiguur nog steeds van belangrijke betekenis te zijn bij het reguleren van het gebruik van grond en bij het financieren van dat gebruik. Weliswaar is de traditionele ‘gemeentelijke erfpacht’ op zijn retour; diverse andere partijen geven grond met uiteenlopende doelen in erfpacht uit. En ook in gemeenten mag de rol die de rechtsfiguur nog steeds speelt, niet te zeer worden onderschat: zo geeft – hoewel ook daar hervormingen op komst zijn – Amsterdam haar gronden tot op de dag van vandaag als regel uit in erfpacht, terwijl in andere gemeenten de rechtsfiguur nog geregeld van nut blijkt in bijzondere gevallen. In Rotterdam bijvoorbeeld, waar men in 2002 de politieke keuze maakt om grond voor woningen en kantoren niet langer in erfpacht uit te geven, is na 2010 weer een aantal keren gebruik van de rechtsfiguur gemaakt om de bouw te stimuleren. Behalve gemeenten, maken diverse andere partijen op uiteenlopende wijzen gebruik van de rechtsfiguur erfpacht: natuurbeschermingsorganisaties geven grond in erfpacht uit die gelegen is in natuurgebieden, waarbij de voorwaarden er sterk op zijn gericht te regelen dat de erfpachter het gebied waarin de grond gelegen is met zorg behandelt; voor de Rijksoverheid vervult de rechtsfiguur een functie bij de bevordering van de concurrentie op de benzinemarkt; woningbouwverenigingen gebruiken erfpacht om hun doelgroep in de gelegenheid te stellen voor een relatief lage prijs een woning te verwerven; in de agrarische sfeer is erfpacht een vehikel voor een fiscaal aantrekkelijke financieringsvorm enzovoorts. Kortom, erfpacht wordt beschouwd als een figuur die in de rechtspraktijk uiteenlopende functies kan hebben. Vonck promoveerde in 2013 op erfpacht.⁴⁴ Hij heeft onderzocht in hoeverre deze rechtsfiguur daadwerkelijk het flexibele en multifunctionele karakter heeft dat haar wordt toegedicht. Flexibiliteit van de rechtsfiguur maakt haar hanteerbaar op verschillende terreinen.

De meeste erfverpachters streven ernaar in ieder geval het gebruik van de grond door de erfpachter te beïnvloeden. De meest voor de hand liggende methode om dat te doen, is het opnemen van bepalingen die de erfpachter expliciet beperken in zijn bevoegdheden de zaak te gebruiken, die hem verplichten bepaalde handelingen te verrichten op de erfpachtgrond of die hem beperken in zijn mogelijkheden te beschikken over zijn genotsrecht. De flexibiliteit en de hanteerbaarheid van het recht van erfpacht worden in de eerste plaats beperkt doordat deze bepalingen niet zonder meer de beoogde (goederenrechtelijke of ten minste obligatoire) werking toekomt.

Met name overheidslichamen hebben beperkte ruimte voor het rechtsgeldig opnemen van dergelijke bepalingen: voor hen wordt het gebruik van privaatrechtelijke regelingen soms expliciet in de wet verboden. Daarenboven geldt de regel dat publiekrechtelijke regelgeving niet op onaanvaardbare wijze mag worden doorkruist. Daarvan is in het bijzonder sprake als de strekking van een regeling eraan in de weg staat dat de overheid gebruikmaakt van privaatrechtelijke figuren als erfpacht. Deze beperkingen beïnvloeden de ruimte voor het gebruik van erfpacht in het grondbeleid op wezenlijke wijze. Weliswaar staat het op zichzelf

⁴⁴ F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht*, Boom Juridische Uitgevers Den Haag 2013.

niet in de weg aan bepalingen die de (gebruiks)bestemming van de grond verder inperken dan in het bestemmingsplan gebeurt of mogelijk zou zijn, echter de wet verbiedt de gemeentelijke overheid uitdrukkelijk om langs privaatrechtelijke weg bouwvoorschriften te stellen die betrekking hebben op de veiligheid, de bruikbaarheid de energiezuinigheid en het milieu. Evenmin is het haar bijvoorbeeld toegestaan privaatrechtelijke maatregelen te treffen die ertoe strekken leegstand van woningen tegen te gaan of om de overdracht en splitsing van erfpachtrechten te reguleren met bepalingen die het oog hebben op de samenstelling van de woonruimtevoorraad, op stadsvernieuwing of op de indeling en staat van onderhoud van het pand.

Zowel voor de overheids- als voor de particuliere erfpacht is (daarenboven) van belang of een in de vestigingsvoorwaarden vermeld beding goederenrechtelijke werking heeft. Gelet op het in ons recht verankerd liggende gesloten systeem van beperkte rechten – waarin niet zomaar iedere gewenste rechtsverhouding met goederenrechtelijke werking tot stand kan komen – is dat niet zonder meer het geval. Niettemin wordt in dit onderzoek verdedigd dat rechtsopvolgers van de erfpachter en de grondeigenaar spoedig gebonden zijn aan de voorwaarden die in de vestigingsakte zijn opgenomen. Het recht van erfpacht heeft zich namelijk historisch ontwikkeld als een gebruiksrecht op grond waarvan de inhoud goeddeels ter vrije beschikking staat van de partijen die het recht vestigen. Ook bij de invoering van de huidige wet heeft men een flexibele regeling beoogd. Opvallend is daarin weliswaar dat de contouren van de rechtsfiguur in de geldende regeling duidelijker vastliggen dan in het oude recht; dat neemt echter niet weg dat de contouren ruim zijn geschetst: de definitie van art. 5:85 BW is erg algemeen geformuleerd en met name ten aanzien van de omvang van het genot, de tijdsduur, de overdracht van de erfpacht en de canon laat de wet erfpachtvoorwaarden toe die zijn toegesneden op de omstandigheden van het geval.

Tegen deze achtergrond is verdedigd dat de aard van het erfpachtrecht als zodanig nauwelijks tot de conclusie noodzaakt dat grenzen moeten worden gesteld aan de vrijheid om inhoud te geven aan de erfpachtverhouding. Voor alle regelingen die betrekking hebben op een door de wet uitdrukkelijk toegelaten erfpachtbepaling geldt dat zij passen binnen de contouren van het erfpachtrecht die in titel 5.7 BW worden vastgelegd. Daarbij moet ervoor worden gewaakt dat geen afbreuk wordt gedaan aan de dwingendrechtelijke bescherming die de wet op bepaalde terreinen wel degelijk biedt, maar voor het overige zijn de mogelijkheden ruim, wat met name het gevolg is van de in art. 5:89 BW geboden vrijheid het toegelaten gebruik van de erfpachtgrond in de vestigingsvoorwaarden vast te stellen. Die bepaling schept ruimte voor sterk van elkaar verschillende erfpachtverhoudingen, met voorwaarden die steeds zijn toegesneden op de omstandigheden van het individuele geval.

Wezenlijke beperkingen op de partijvrijheid vloeien niet zozeer voort uit de aard van het erfpachtrecht, maar veeleer uit het systeem van het goederenrecht. Uit dat systeem vloeit op zichzelf niet voort dat een beperkt gerechtigde slechts bevoegdheden of verplichtingen kan hebben die ook in het moederrecht besloten liggen; wel staat die systematiek eraan in de weg dat verplichtingen als onderdeel van de erfpachtverhouding worden aangemerkt wanneer zij feitelijk betrekking hebben op een ander stuk grond dan het in erfpacht gegeven erf. Verder liggen in de ratio van het gesloten systeem van beperkte rechten beperkingen besloten van de vrijheid een eigen invulling te geven aan de erfpachtverhouding. Doel van deze geslotenheid is in het bijzonder te voorkomen dat

goederenrechtelijke verhoudingen ontstaan die in ethisch of economisch opzicht te zwaar drukken op (een van) de belanghebbende partijen. Dat beperkt in het bijzonder de ruimte voor het opnemen van goederenrechtelijke verplichtingen tot een actief handelen.

Behalve het gebruik van grond, pleegt men met erfpacht ook de financiering van dat gebruik te regelen. Voor de erfpachtvoorwaarden die daarop betrekking hebben, gelden in abstracto dezelfde vereisten als die welke hierboven werden gesteld met betrekking tot de genotsbeperkende bepalingen.

De kernbepaling is in dit verband de regeling die de erfpachter verplicht tot betaling van een periodieke canon. Deze fungeert vaak feitelijk als equivalent van de rente die moet worden betaald door degene die zijn onroerende zaak volledig met een (hypothecaire) geldlening financiert. Dat blijkt het duidelijkst bij de met name in de landbouw geregeld toegepaste constructie waarin men zijn grond met behoud van een erfpachtrecht vervreemdt aan een belegger, die vervolgens een canon in rekening brengt die wordt gesteld op een percentage van de door hem betaalde koopsom. Na verloop van een bepaalde periode koopt de agrariër de grond weer terug voor een prijs die gerelateerd is van het bedrag dat hij bij de vervreemding aan de belegger heeft ontvangen. In wezen gebeurt er niets anders dan wanneer de belegger een geldlening had verstrekt: de grondgebruiker leent bij aanvang een bedrag, aan het einde moet hij een bedrag terugbetalen dat afhankelijk is van het bedrag dat hij geleend heeft (bij een geldlening meestal hetzelfde bedrag; in geval van erfpachtfinanciering vaak het bedrag vermenigvuldigd met een inflatiecorrectie) terugbetalen en in de tussentijd is hij rente verschuldigd.

De goederenrechtelijke werking van dergelijke canonbepalingen is weinig omstreden. Van andere methoden om de financiering van grondgebruik met erfpacht te reguleren, wordt de goederenrechtelijke werking wel betwist. Dat geldt in het bijzonder voor de regelingen waarbij in een beding ex art. 5:91 BW wordt geregeld dat de grondeigenaar slechts toestemming voor overdracht verleent onder de opschortende voorwaarde dat de erfpacht eerst wordt aangeboden aan de grondeigenaar, die in de gelegenheid moet worden gesteld de erfpacht te kopen voor een op basis van een tevoren vastgestelde formule te bepalen prijs. In dit onderzoek wordt verdedigd dat deze bedingen zonder meer goederenrechtelijke werking hebben en dat enkel het beroep op de voorwaarde moet worden getoetst aan de in art. 5:91 lid 4 genoemde redelijkheid. Het enkele feit dat het een financiële voorwaarde betreft doet aan die redelijkheid niet af.

Van belang is wel dat overheidslichamen beperkt zijn in hun bevoegdheid de hoogte van de canon naar believen vast te stellen. Art. 132 lid 6 Grondwet staat er namelijk aan in de weg dat in het kader van gronduitgifte financiële vergoedingen in rekening worden gebracht voor het in stand houden van in de buurt gelegen gemeentelijke voorzieningen. Deze uitspraak laat zien dat weliswaar een vergoeding mag worden bedongen voor de exclusief aan de erfpachter geleverde diensten, maar ook niet meer dan dat: de hoogte van de canon zal in een redelijke verhouding moeten staan tot de waarde van het exclusief aan de erfpachter verstrekte genot. Een belangrijke beperking voor de ruimte die overheidslichamen hebben om hun beleid door middel van erfpacht vorm te geven is in dit verband ook gelegen in de op hun gedrag toepasselijke algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Als gevolg daarvan geldt voor hen in de eerste plaats de (impliciete) verplichting een eventueel erfpachtstelsel consistent vorm te geven en/of uit te voeren. Verder maken

verschillende uitspraken duidelijk dat overheidserfverpachters gehouden zijn hun erfpachters tijdig en goed te informeren over de (financiële consequenties van) hun beleid.

Werkelijk succesvolle regulering van grondgebruik met erfpacht valt of staat met de ruimte om de inhoud van de erfpachtvoorwaarden aan te passen of te beëindigen als de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven of als één van beide partijen zijn verplichtingen niet nakomt.

De ruimte voor een dergelijke flexibele erfpachtrelatie wordt door verschillende factoren beperkt. In het bijzonder kunnen regelingen die één van beide partijen de bevoegdheid geven om eenzijdig de erfpachtvoorwaarden te wijzigen, gemakkelijk te belastend zijn voor de andere partij om als onderdeel van de goederenrechtelijke verhouding aangemerkt te worden. Verder is gebleken dat de belastendheid van de wijzigingsregeling niet alleen ten aanzien van de erfpachter en de grondeigenaar moet worden beoordeeld. Omdat dergelijke regelingen rechtstreeks doorwerken in de rechtspositie van degenen met een beperkt recht op de erfpacht of op de in erfpacht uitgegeven grond, in het bijzonder hypotheekhouders, moet ook op hun belangen acht worden geslagen. Naarmate het wijzigingsbeding voor dergelijke derden een ingrijpender karakter heeft en de feitelijke verhandelbaarheid van de erfpacht van hen afhankelijk is, is de goederenrechtelijke werking van het beding minder vanzelfsprekend. Het ligt evenwel in de rede slechts met grote terughoudendheid aan te nemen dat een wijzigingsbeding goederenrechtelijke werking mist. Dat wijzigingen van de erfpachtverhouding gemakkelijk doorwerken in de rechtspositie van degenen met een beperkt recht op de erfpacht, wordt namelijk gerechtvaardigd door de wens de overzichtelijkheid te bevorderen van de rechtstoestand van onroerend goed. Consequentie van het ontzeggen van het goederenrechtelijke karakter aan een wijzigingsbeding is in veel gevallen echter niet dat de erfpachter daaraan ook obligatoir niet gebonden is. De wijziging waarin het beding voorziet zal daarmee in veel gevallen ook bij gebreke van goederenrechtelijke werking wel tot stand komen; de consequentie is alleen dat zij niet rechtstreeks doorwerkt in de positie van de beperkt gerechtigden. Daarmee is de overzichtelijkheid die wordt nagestreefd geenszins gediend.

Dat de flexibiliteit van erfpachtverhoudingen verschilt van die van contractuele relaties, hangt verder samen met de overdraagbaarheid van de erfpacht. Daardoor is niet verzekerd dat gedurende de looptijd van de rechtsverhouding steeds alleen degenen die bij de vestiging van het recht betrokken waren aan het beding gebonden zijn. Dat beïnvloedt de mogelijkheid om grondgebruik met erfpacht te reguleren. Consequentie is bijvoorbeeld dat er beperktere ruimte bestaat voor de regulering van de uitoefening van hun bevoegdheden door de redelijkheid en billijkheid. Dat onderstreept de noodzaak van duidelijke bedingen in de erfpachtvoorwaarden, die onder concreet aangegeven omstandigheden de ruimte geven de rechtsverhouding te wijzigen. Die noodzaak wordt verder benadrukt door de grote waarde die in de rechtspraak wordt toegekend aan het belang van juistheid van de informatie in de openbare registers. Gevolg daarvan is dat de inhoud van rechtsverhouding in relatief sterke mate vaststaat met de inschrijving van de vestigingsakte: in geval van conflicten is er nauwelijks meer plaats voor gedachten en doelen die men ten tijde van de vestiging wel gezamenlijk voor ogen had, maar die niet in de akte zijn verwoord.

Ten slotte nog een enkel woord over een belangrijk aspect van erfpacht: de methoden van waardering van erfpacht. Over de waardering van stedelijke erfpacht is uitgebreid geprocedeerd en gepubliceerd en de laatste jaren levert de waardering van erfpacht in het landelijk gebied ook veel discussie op. Zo is bijvoorbeeld tot in de Tweede Kamer

gedebatteerd over de erfpacht van Staatsbosbeheer op de Waddeneilanden.⁴⁵ Erfpachtdeskundigen houden er verschillende visies en daarop gebaseerde waarderingsmethoden op na, hetgeen de rechtspraktijk niet ten goede komt. De Koe heeft vanuit een juridische benadering een waarderingsmodel voor grond in erfpacht beschreven.⁴⁶ Hij gaat in op de depreciërende invloed van de erfpachtvoorwaarden op de waarde van de erfpachtzaak en behandelt de problematiek van de splitsing tussen grond en opstal. Voorts bespreekt hij de relatie tussen de hoogte van de canon enerzijds en de waardering van het erfpachtrecht en van de bloot eigendom anderzijds. Het onderzoek bevat een analyse van de rechtsgrondslagen en de waarderingspraktijk van erfpacht. De Koe leidt daaruit zijn waarderingsmodel af. Daarmee wordt beoogd de waarderingspraktijk bij erfpacht meer op één lijn te brengen en daardoor de hanteerbaarheid van het erfpacht stelsel te verbeteren.

4. Ondernemingsrecht

Het ondernemingsrecht is een rijk en gevarieerd gebied voor de notaris. Naast advisering over de geschikte rechtsvorm, is ook de inrichting en vooral de governance van belang voor alle privaatrechtelijke rechtspersonen. De belangrijkste wijziging van de afgelopen jaren is de invoering van de flexibilisering van het BV-recht. Het BV-recht is ingrijpend gewijzigd. Een groot aantal dwingendrechtelijke bepalingen is afgeschaft, de regeling rondom uitkeringen is gewijzigd en verder is de mogelijkheid in de wet gekomen aan verbintenisrechtelijke elementen vennootschappelijke werking toe te kennen. Op het gebied van de personenvennootschappen is recent een aantal belangrijke arresten gewezen door de Hoge Raad. Advisering op het gebied van het ondernemingsrecht vereist niet alleen een grondige kennis van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek maar vereist ook kennis op het gebied van het financieel recht en bijvoorbeeld sectorwetgeving (denk aan zorg, woningcorporaties en onderwijs). Het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen dat zoals het nu lijkt komend jaar waarschijnlijk zal worden ingevoerd, heeft onder meer tot gevolg dat ook de governance voor stichtingen meer in overeenstemming zal worden gebracht met de good governance bepalingen zoals die op dit moment voor kapitaalvennootschappen gelden.

Snijder-Kuipers heeft op een aantal onderdelen van het ondernemingsrecht onderzoek verricht waarbij de rol van de notaris centraal staat. Zij schreef een proefschrift over een herstructureringsonderwerp, omzetting als rechtsvormwijziging.⁴⁷ In haar dissertatie bespreekt zij de aard en inhoud van deze rechtsfiguur en gaat zij in op de relevante aspecten die een rol spelen bij rechtsvormwijziging, zoals de duiding en omvang van de vermogensklem bij rechtsvormwijziging van een stichting en de gevolgen van rechtsvormwijziging voor overeenkomsten. Over rechtsvormwijziging, mede in het licht van de flexibilisering van het bv-recht, zijn diverse publicaties van haar hand verschenen, in tijdschriften⁴⁸ alsmede een bijdrage in een handboek.⁴⁹

⁴⁵ Kamerstukken II 2008/2009-2012/2013, 29659, nr. 28 en verder.

⁴⁶ M. de Koe, Erfpacht op juiste waarde getaxeerd, WPNR 2013/6977.

⁴⁷ B. Snijder-Kuipers, Omzetting als rechtsvormwijziging, diss. RUG 2010.

⁴⁸ B. Snijder-Kuipers, Proefschrift; drie stellingen. Omzetting als rechtsvormwijziging, WPNR 2010, p. 766-768, B. Snijder-Kuipers, Civielrechtelijke aspecten van rechtsvormwijziging op grond van Boek 2 BW en titel 7.13 BW, TvOB 2010, p. 74-84, H.E. Boschma en B. Snijder-Kuipers, De bescherming van het (doel)vermogen van de stichting en herstructurering, in: De Stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm, SDU: 2011, p.45-60, C.R. Nagtegaal en B. Snijder-Kuipers, Omzetting van de BV na

Rechtspersonen kunnen op verschillende manieren ophouden te bestaan. Dat kan plaatsvinden door juridische fusie of door ontbinding van de rechtspersoon. Beide vormen van ontbinding zijn geëigend in een specifieke situatie en meestal is de notaris daarbij betrokken. Bij een juridische fusie door het verlijden van de akte van juridische fusie en bij ontbinding in een adviserende rol. Over juridische fusie (en juridische splitsing)⁵⁰ en ontbinding⁵¹ zijn publicaties van Snijder-Kuipers verschenen.

Elke onderneming moet worden ingeschreven in het handelsregister dat gehouden wordt door de Kamer van Koophandel. Snijder-Kuipers publiceert op het gebied van de Handelsregisterwet en het Handelsregisterbesluit⁵². Ondernemingen van een bepaalde omvang zijn onder meer verplicht hun jaarrekening openbaar te maken. De notaris moet over kennis van het jaarrekeningenrecht beschikken. Dit is een gebied waar relatief weinig over geschreven wordt. Snijder-Kuipers schreef over enkele praktische aspecten bij de beëindiging van de overblijvende aansprakelijkheid (art. 2:404 BW)⁵³.

5. Notariaat

a. Inleiding

Een bijzondere vorm van hanteerbaarheid is de organisatie van de beroepsgroep van het notariaat. Het notariaat heeft als beroepsgroep roerige tijden gekend. In 2012 is het bestuur van de KNB door de ledenraad afgezet na een interne procedure waaruit de onvrede van de leden met de koers van het bestuur blijkt. Kern van het probleem was onder meer de dubbele positie van de KNB als overheid en als belangenbehartiger van het notariaat. Was dat nog wel goed hanteerbaar? Welk organisatiemodel is het beste te hanteren voor een goede institutionele inbedding van de organisatie van een beroepsgroep met overheidstaken in het staatsbestel? Is zelfs plek voor twee organisaties: de overheidsorganisatie van het notariaat die het algemeen belang als leidraad heeft en een particuliere organisaties die de belangenbehartiging van de notarissen in het vaandel voert?

Op twee punten heeft het Notarieel Instituut fundamenteel bijgedragen aan de beantwoording van deze vragen.

b. Marktwerving in het Notariaat

Dolf Plaggemars heeft onderzocht de ontwikkelingen van het Nederlandse notariaat in de nieuwe marktsetting zoals de geheel nieuwe Wet op het notarisambt uit 1999 heeft gebracht.⁵⁴ Bijzonder is dat een dergelijk onderzoek nog nooit eerder is verricht. Het is gedaan door deze oud-notaris die gekopt en gemazeld is in het notariaat: werkzaam geweest op uiteenlopende notariskantoren (klein, middelgroot en groot), raadsheer in een gerechtshof, oud-voorzitter van de KNB en internationaal actief. Hij heeft na zijn pensionering met een zekere distantie willen terugkijken op de ontwikkelingen die de beroepsgroep de afgelopen jaren heeft meegemaakt. Het proefschrift bevat ook een

inwerkingtreding van de Wet flex-bv, TOP 2012, p. 242-246 en B. Snijder-Kuipers, Vermogensklem bij omzetting van stichtingen (Optas-arrest), JBN 2012, nr. 7

⁴⁹ Handboek Ondernemingsrecht, Walburg Pers.

⁵⁰ Handboek Ondernemingsrecht, Walburg Pers.

⁵¹ Groene Serie Rechtspersonen, art. 2:19-24 BW en Handboek Ondernemingsrecht, Walburg Pers.

⁵² T&C Ondernemingsrecht Effectenrecht en Handboek Ondernemingsrecht, Walburg Pers.

⁵³ B. Snijder-Kuipers en M.F. Eliens, Praktische vraagstukken bij beëindiging van overblijvende aansprakelijkheid, WPNR 2014/7042.

⁵⁴ A.D. Plaggemars, Is de notaris de markt meester?, diss. RUG 2011.

stevige rechtsvergelijkende component over de uiteenlopende kenmerken van de notariaten in de verschillende landen.

De noodzaak van het borgen van de rechtszekerheid in het rechtsverkeer is evident. Die borging kan op verschillende manieren gebeuren. In 21 (sinds 2013 22 door de toetreding van Kroatië tot de EU) EU lidstaten is gekozen voor een uitbesteding van deze taak ten aanzien van een aantal rechtshandelingen aan het Latijnse notariaat. Deze rechtshandelingen hebben kenmerken van overheidsgezag in zich. Het notariaat wordt in alle EU lidstaten met een Latijns notariaat, voor eigen rekening en risico van de notaris uitgeoefend. Dat zijn prerogatieven door de overheid verleend aan de notaris, die in een meer of minder gereguleerde markt worden uitgeoefend. Het is een subtiel evenwicht tussen de kenmerken van een markt en van een ambt, tussen de ambtenaar en de koopman.

De EC dringt aan op deregulering en marktbevordering van de vrije beroepen, de notaris zit in de kopgroep van beroepen waar volgens de EC minder regels en meer markt zou moeten komen. Nederland loopt daarbij in Europa voorop. De in 1999 ingevoerde Wet op het notarisambt heeft vrije tarieven en vrije vestiging met zich gebracht. Vanuit een Europees georiënteerd en economisch theoretisch denkkader, beschrijft hij de ontwikkelingen sedertdien. Daarbij gaat hij in op het reguleringsmodel van het notariaat waarvoor Nederland heeft gekozen. Vervolgens wordt het belang van het mededingingsrecht voor het notariaat aangegeven. De belangrijkste bronnen daarvoor zijn Het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU) en specifiek voor Nederland de Mededingingswet (MW). Ook de positie van de notariële beroepsorganisaties in het mededingingsrecht wordt behandeld. In het bijzonder gaat het daarbij over de Nederlandse KNB. Kwalificeert de KNB al dan niet als ondernemersvereniging? Van belang daarbij is of haar leden als ondernemer moeten worden aangemerkt. Voor het geval die vraag negatief beantwoord zou moeten worden, kan ook hun vereniging niet als ondernemersvereniging worden aangemerkt. Andere overweging is in hoeverre bestuur en ledenraad uit leden worden gerekruteerd. Bij de KNB is dat voor honderd procent het geval. De KNB heeft daarmee de schijn tegen bij de beoordeling of er van onafhankelijke bestuursorganen sprake is. Echter, ook al komen alle functionarissen uit de eigen beroepsgroep, dan blijft nog de vraag in hoeverre die functionarissen de belangen van hun eigen beroepsgenoten mogen behartigen. De Kamer heeft bij amendement uitdrukkelijk de belangenbehartiging van de leden van de KNB uit de doelstelling verwijderd. Dit is essentieel in verband met de rechtspositie van KNB ten opzichte van de Nma en de bevoegdheid van de Nma om de verordeningen van de KNB op marktwerking te toetsen.

Als uit dien hoofde de Nma toch wel bevoegd zou blijken te zijn om de regels van de KNB te toetsen, dan nog zal die bevoegdheid worden overruled. Dat komt door het feit dat door de goedkeuring van de verordeningen van de KNB door de Minister van Justitie, deze verordeningen als overheidsregel zijn aan te merken. Overheidsregelingen mogen door de Nma niet aan haar toezicht worden onderworpen en derhalve heeft de Nma geen mandaat tot toetsing van de verordeningen van de KNB. Voor de EU-landen waar de regelingen van de beroepsorganisaties eveneens goedkeuring door de overheid behoeven, zal een zelfde redenatie opgaan.

Van de 27 (thans 28) EU-lidstaten hebben er 21 (thans 22) gekozen voor borging van de rechtszekerheid door middel van het Latijnse notariaat. Daarvan zijn er in het kader van deze dissertatie 17 nader onderzocht op de voor dat land toepasselijke reguleringen.

Voorbeelden van regelingen die onderwerp van onderzoek waren, betreffen: tarieven, toegangsvereisten, monopolies, publiciteitsmogelijkheden, toezicht en tuchtrecht, beroepsorganisaties, ministerieplicht, ambtsgeheim, centrale registers, aansprakelijkheid, poortwachtersfunctie enzovoort. De lezer kan zelf bepalen welke landen en ten aanzien van welke regelingen hij de integrale tekst wil lezen.

De gegevens van de verschillende landen zijn verzameld in een aantal schema's. Daarmee is per regulering snel inzichtelijk hoe een en ander in het Europese notariaat is geregeld. Conclusies worden getrokken en aangegeven wordt waar de landen van elkaar zouden kunnen leren. Belangrijk is de constatering dat de notariaten in Europa toch wel aanzienlijk verschillen. Een van de conclusies is dat onderzoek naar mogelijk kwaliteitsverlies in de notariële dienstverlening moet worden gecontinueerd.

c. Beleidsvisie Notariaat

De revolutie die in 2012 heeft plaatsgevonden binnen de KNB, waarbij het bestuur door de ledenraad werd afgezet, ging in de kern maar om één thema: is het de KNB geoorloofd om als overheidsinstelling de belangen van notarissen te behartigen. De aanleiding voor het stellen van deze vraag vormt de onvrede bij de leden dat de KNB hun belangen niet voldoende zou behartigen. Mocht belangenbehartiging niet mogelijk zijn, dan bestond de optie om een separate vereniging in het leven te roepen die dat wel zou kunnen doen. Als dat wel zou mogen, dan bestond behoefte aan de vraag waar dan ergens de grenzen liggen: Welke ruimte heeft de KNB om toch aan belangenbehartiging te doen?

Wat is er aan de hand, als de revolutie uitbreekt in een eens zo volgzaam, eensgezinde en harmonieuze beroepsgroep als die van de (kandidaat-)notarissen? De diepere oorzaak van de revolutie ligt in het nieuwe organisatiemodel van de nieuwe Wet op het notarisambt van 1 oktober 1999. Daarvoor was het notariaat georganiseerd in een private organisatie, een vereniging. Met een organisatiegraad van bijna 100% (een enkele verdwaalde notaris daargelaten), een toonbeeld van eensgezindheid en harmonie. Zelfs de kandidaat-notarissen lieten zich daarin verenigen, in de wetenschap dat lidmaatschap voor benoeming essentieel was en de KNB binnen het notariaat vrijwel de enige entiteit was die de lakens uitdeelde. De overheid had de beroepsgroep ongeregeld gelaten en zo lang het goed ging, was er geen reden om in te grijpen. De KNB kon zelfs de tarieven vaststellen, ook al had de overheid formeel de bevoegdheid de tarieven zelf vast te bepalen.

Aan deze betrekkelijke harmonieuze en nogal comfortabele situatie kwam zoals aangegeven door de invoering van de nieuwe Wet op het notarisambt een abrupt maar niet onverwacht einde. Het notariaat heeft in het wetgevingsproces de KNB als privaatrechtelijke organisatie ter beschikking gesteld om te worden omgevormd tot echte overheid, zonder zich vermoedelijk ten volle te realiseren wat daarvan de consequenties zouden zijn. Wat de leden van oudsher het meest bond in de vereniging (tarieven vaststellen, invloed op standplaatsenbeleid en belangenbehartiging), kwam te vervallen. In de ogen van de wetgever werd daarmee de standsorganisatie ontdaan van het gildekarakter. Het bevreemdt dan ook niet dat de (kandidaat-)notarissen niet meer vrijwillig lid konden zijn, maar verplicht lid van de orde moesten worden. Daarmee veranderde op vrij fundamentele wijze de houding van de (kandidaat-)notarissen tegenover de KNB en vice versa. Niet meer gebaseerd op vrijwilligheid en intrinsieke betrokkenheid in clubverband (als gezegd: een gilde), maar verplichte onderwerping aan een nieuwe overheid die – zeker in de beginjaren – de schijn ophield alsof er niets veranderd was. Niets is minder waar.

Door de invoering van meer marktwerking in het notariaat (het loslaten van het standplaatsenbeleid en het vrijgeven van de tarieven) veranderde de onderlinge verhouding van notarissen eveneens ingrijpend. Meer concurrentie en minder collegialiteit; van ambtsbroeders- en zusters naar concullega's. Meer concurrentie heeft ook meer regelgeving met zich gebracht. Van 'deregulering' in de MDW operatie (Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit) is dan ook per saldo helemaal niets terecht gekomen. Het aantal verordeningen, beroeps- en gedragsregels, richtlijnen en beleidsregels groeide elk jaar.

Meer concurrentie heeft ook meer diversiteit en heterogeniteit met zich gebracht. Notariskantoren zoeken meer de grens van het mogelijke op. Dat heeft een achterban opgeleverd die veel breder is samengesteld en die daarmee ook moeilijker op één lijn te brengen is. Zo ontstonden er hoog gespecialiseerde notariaten tegenover de notariskantoren die het standaardwerk vooral op een effectieve en kostenefficiënte wijze organiseren. Notarissen gingen zich naar specialisme verenigen, terwijl zichzelf Grote Kantoren Overleg (GKO) noemende notariaten een afzonderlijk overlegstructuur erop nahouden. Naast de toegenomen marktwerking wordt de aandacht van (kandidaat-)notarissen vandaag de dag ook opgeëist door allerlei notariële clubjes zoals specialistenverenigingen en samenwerkingsverbanden van notarissen. In de nieuwe situatie zou het overigens voor de oude, privaatrechtelijke vereniging minstens zo moeilijk zijn geweest om de rijen gesloten te houden.

De nieuwe structuur heeft ook de getrapte democratie gebracht, met een ledenraad waarin afvaardigingen van de ringen zitten. Daarmee zijn de leden nog meer op afstand van de besluitvorming geplaatst. Met een bestuur dat jaarlijks wisselt van samenstelling, een voorzitter die een ambtstermijn van maar twee jaar heeft en bestuursleden die naast deze erebaan veelal ook nog een drukke praktijk hebben, valt van het bestuur weinig initiatieven in de sfeer van de beleidsontwikkeling en –uitvoering te verwachten. De enige constante factor is het bureau van de KNB. Het verbaast dan ook niet dat juist het bureau veel aan beleidsvoorbereiding doet en initiatieven dienaangaande ontplooit. Het verbaast evenmin dat het bureau als feitelijke uitvoerder van het beleid van de KNB gegeven de nieuwe structuur zich meer als overheid gedraagt dan als belangenbehartiger van het notariaat. Daarmee bestaat het gevaar dat het bureau op de stoel van het bestuur gaat zitten en het beleid de facto ook inhoudelijk mee gaat bepalen. Kennisvoorsprong van het bureau enerzijds en afhankelijkheid van het bestuur bij de beleidsontwikkeling- en uitvoering anderzijds maken dat het bureau feitelijk een veel invloedrijkere rol vervult bij het bepalen van het beleid van de KNB dan men op het eerste gezicht zou denken.

Discussie tussen bestuur en achterban behoort plaats te vinden in de ledenraad. Maar vertolkt de ledenraad daadwerkelijk de gevoelens van de leden? Zien de ledenraadsleden het werkelijk als hun missie om de achterban te vertegenwoordigen en niet autonoom te besluiten? Ik waag dit te betwijfelen, hoe goed bedoeld en met overtuiging zij ook hun werk doen. Dat de ledenraad zelf de enorme onvrede bij de leden kennelijk onvoldoende heeft onderkend, spreekt boekdelen. Er is in dit opzicht voor de ledenraad zelf alle reden zich eens te bezinnen op het eigen functioneren.

Ook kunnen vraagtekens geplaatst worden bij de wijze waarop de leden zelf participeren in besluitvormingsprocessen. Juist omdat de aandacht van de leden door allerlei andere clubjes wordt opgeëist en door de veranderde rol van de KNB het 'clubgevoel' de facto is weggevallen, worden ringvergaderingen en andere activiteiten van de KNB al sinds jaren

schaars bezocht, ondanks de gratis studiepunten die vaak kunnen worden behaald vanwege de spreker die wordt uitgenodigd.

Dit alles heeft gezorgd voor verwijdering tussen de KNB als organisatie en haar leden. Die verwijdering kan best een tijd goed gaan, maar als zich omstandigheden voordoen waarin een en ander onder spanning komt te staan, dan gebeurt wat er is gebeurd. Die omstandigheden zijn niet alleen de toegenomen marktwerking als hiervoor omschreven, maar ook ontegenzeggelijk de verslechterde economische omstandigheden waaronder notariskantoren vanwege de sterke afhankelijkheid van het registergoederenverkeer te lijden hebben. Daarbij gevoegd het impliciet en expliciet gevoerde overheidsbeleid om de domeinmonopolies onderuit te halen en de, althans in ieder geval in de ogen van de leden, veel te passieve houding die de KNB zelf inneemt in allerlei dossiers, en we komen aardig in de richting van een verklaring voor de plaats gehad hebbende revolte in het notariaat.

Ook het wettelijke kader is in dit verband van groot belang. Art. 61 lid 1 Wna bevat de taakopdracht van de KNB: “De KNB heeft tot taak de bevordering van een goede beroepsuitoefening door de leden en van hun vakbekwaamheid. Haar taak omvat mede de zorg voor de eer en het aanzien van het notarisambt.”

Deze taakomschrijving is beperkt en omvat zeker niet belangenbehartiging van het notariaat of van de (kandidaat-)notarissen. Deze beperking blijkt duidelijk uit de parlementaire behandeling van de nieuwe Wna. Tijdens de parlementaire behandeling is de behartiging van de gemeenschappelijke belangen van haar leden bij amendement De Koning c.s.⁵⁵ als afzonderlijke taak van de KNB, gesneuveld. Met de hiervoor genoemde beperking in de taakomschrijving houdt ook verband de beperking in de verordeningsbevoegdheid van de KNB. De verordeningsbevoegdheid betreft voornamelijk organisatorische kwesties, maar ook onderwerpen die de ambtsuitoefening in de nieuwe marktorde zijdelings of zelfs direct raken. Zo bijvoorbeeld de bevoegdheid om beroeps- en gedragsregels en regels voor interdisciplinaire samenwerking vast te stellen (art. 18 lid 2 en 61 lid 2 Wna). Elke verordening dient vooraf te worden goedgekeurd door de minister van Veiligheid en Justitie.

Aanvankelijk waren de enige toetsingsgronden strijd met het recht of het algemeen belang (art. 91 lid 1 Wna). Maar lid 2 van art. 89 Wna, eveneens bij amendement ingevoerd, bepaalt daarenboven dat verordeningen geen verplichtingen of voorschriften mogen bevatten die niet strikt noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van het doel dat met de verordening wordt beoogd of die onnodig de marktwerking beperken (proportionaliteits- en subsidiariteitstoets). Belangrijk is dat bij reparatiewet per 1 augustus 2004 de mogelijkheid is ingevoerd om bij verordening regels te stellen betreffende de kwaliteit van de beroepsuitoefening (art. 61 lid 2 tweede volzin Wna).

Uit deze wettelijke regelgeving vloeit voort dat het primaat voor het vaststellen van beroeps- en gedragsregels bij de KNB als beroepsorganisatie ligt, die de taak heeft de kwaliteit van de beroepsuitoefening vast te stellen en mede te bewaken. De door de wetgever en de rechter veronderstelde hoge kwaliteit van dienstverlening die iedere notaris behoort te leveren is dan ook uitgangspunt bij het beoordelen van de proportionaliteits- en subsidiariteitstoets.

⁵⁵ Tweede Kamer, vergaderjaar 1997-1998, 23 706, nr. 23.

De discussie rondom de mogelijkheden om aan belangenbehartiging te doen heeft ook een Europese dimensie. Twee uitspraken spelen hier een cruciale rol. Het Europese Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de notariële werkzaamheden zoals die thans in de betrokken lidstaten zijn gedefinieerd, niet worden verricht ter uitoefening van het openbaar gezag in de zin van artikel 45 van het EG-Verdrag.⁵⁶ De authenticatietaak van de notaris is dus geen werkzaamheid ter rechtstreekse en specifieke uitoefening van het openbaar gezag. Bijgevolg vormt het nationaliteitsvereiste dat in de wetgevingen van die lidstaten voor de toegang tot het beroep van notaris wordt gesteld, een op grond van het EG-Verdrag verboden discriminatie op grond van nationaliteit. Uitdrukkelijk heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de beroepen van de Commissie uitsluitend betrekking hebben op de nationaliteitsvoorwaarde die de betrokken nationale wetgevingen stellen voor de toegang tot het beroep van notaris, en zich niet uitstrekken tot de organisatie van het notariaat als zodanig. Aangenomen mag worden dat de KNB als 'organisatie van het notariaat' in de zin van deze uitspraak mag worden aangemerkt en dat de uitspraak derhalve niet daarop betrekking heeft. Let wel 'uitoefening van het openbaar gezag' moet worden verstaan in Europeesrechtelijke zin. Voor het Nederlandse recht geldt zonder enige twijfel dat de notaris openbaar gezag uitoefent.

In verband hiermee moet ook een andere, eerdere uitspraak van het Europese Hof van Justitie worden gezien: het arrest Wouters.⁵⁷ In deze zaak ging het om de weigering van de Raad van Toezicht om een samenwerkingsverband van twee advocaten met een accountantskantoor aan te gaan. De Raad van Toezicht van de orde van advocaten wees hun verzoek af op basis van de door de orde zelf vastgestelde Samenwerkingsverordening 1993 betreffende de samenwerking van advocaten met andere beroepscategorieën. Volgens deze verordening mag namelijk wel worden samengewerkt met bepaalde beroepsbeoefenaren (notarissen, belastingadviseurs en octrooigemachtigden), doch mogen advocaten geen geïntegreerd samenwerkingsverband met accountants aangaan, zulks teneinde hun onafhankelijkheid te waarborgen. Gelet op de uiteenlopende aard van de NOvA en de KNB (NOvA doet wel aan belangenbehartiging, de KNB niet, beiden hebben verordnungsbevoegdheid, maar deze is verschillend vormgegeven, voor de KNB veel beperkter), bestaat nog steeds de vraag in hoeverre Wouters van toepassing is op de KNB. Anders geformuleerd: Is de KNB evenals de NOvA als een ondernemingsvereniging in de zin van het Europese mededingingsrecht aan te merken? Als de KNB zich in toenemende mate zo gaat gedragen (en dat gebeurt als de KNB de facto aan belangenbehartiging gaat doen), dan zal zij eerder kunnen worden aangemerkt als ondernemingsvereniging en zullen de besluiten en handelingen van de KNB direct onder het mededingingsrecht vallen met alle consequenties van dien. Als de KNB zich strikt aan de wettelijke (beperkte) taak houdt, dan zal dat niet het geval zijn en zal bij van schending van de het mededingingsrecht door verordeningen van de KNB niet de KNB, maar de Staat der Nederlanden aangesproken worden.

Naar aanleiding van deze uitspraken zal de Europese Commissie naar verwachting haar aandacht richten op andere aspecten van de regulering van het beroep van notaris. Beschermende maatregelen zijn op grond van de Europese wetgeving mogelijk en landen

⁵⁶ Arresten in de zaken C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08, C-61/08 en C-52/08, waarin het Hof uitspraak heeft gedaan op 24 mei 2011 en voor Nederland de zaak ECLI:EU:C:2011:794, uitspraak op 1 december 2011.

⁵⁷ Europese Hof van Justitie 19 februari 2002, ECLI:EU:C:2002:98.

hebben daarin een zekere discretionaire beoordelingsvrijheid, als ze maar de proportionaliteits- en subsidiariteitstoets doorstaan.

Wat mag de KNB wel en wat mag zij niet doen? Op grond van het legaliteitsbeginsel en de wetgevingsgeschiedenis is iedere vorm van pure belangenbehartiging absoluut verboden.

Daarnaast bestaat er een grijs gebied waarin het nastreven van publieke belangen geheel of gedeeltelijk ook samenvalt met het dienen van het particuliere belang van het notariaat als beroepsgroep. Echter, bij een dergelijke samenloop komt altijd de vraag op in welke mate de KNB door de publieke taak die zij heeft, ook aan belangenbehartiging mag doen. Het is onjuist te stellen dat waar publieke taak samenvalt met gemeenschappelijke beroepsbelang, zelden of nooit sprake is van een tegenstelling. Integendeel, publieke taakuitoefening brengt met zich dat wanneer in een bepaald dossier verschillende keuzes gemaakt kunnen worden, de keuze gemaakt dient te worden die geredeneerd van het publiek belang het meest voor de hand ligt, terwijl bij het maken van de keuze het dienen van het gemeenschappelijk belang geen enkele rol mag spelen. Dat mogelijkwerijs de keuze valt op een oplossing die ook in het groepsbelang van het notariaat ligt, is wellicht een prettige bijkomstigheid, maar mag niet bij voorbaat beoogd zijn. De KNB mag als overheid bij het maken van keuzes in dat grijze gebied het particuliere belang van het notariaat niet tot uitgangspunt nemen.

Tegen de achtergrond van deze ontwikkelingen moest de KNB een nieuwe koers bepalen. In het beleidsdocument 'Met recht vooruit', heeft de KNB een nieuwe visie neergelegd op de toekomst van het notariaat in Nederland. Het visiestuk is het resultaat van de beraadslagingen van een werkgroep bestaande uit: Ruud van Gerven, Willem Geselschap, Stan van Heijst, Jan Janssens, Annette van der Klooster, Caroline van Kordelaar, Hans Kuijpers, Jef Oomen, Hans Stubbe, Teska van Vuren, Arnaud Wilod Versprille en Leon Verstappen (voorzitter), die zich in de zomer van 2012 heeft gebogen over de nieuwe beleidsvisie van de KNB.

Deze notitie bevat de visie van de KNB op de toekomst van het notariaat en het voorstel voor de koers die de KNB de komende jaren inzet.

De komende jaren zal de KNB zich richten op vijf aandachtsgebieden 1.

Stakeholdermanagement, betere communicatie en effectievere lobby; 2. Vakinhoudelijke ontwikkelingen – innovatie, specialisatie en samenwerking; 3. Organisatie van de dienstverlening en van notariskantoren; 4. Opleiding, arbeidsmarkt en beroepsperspectief; 5. Europa en internationalisering. Deze aandachtsgebieden worden voorzien van zes ijkpunten aan de notariële horizon waarop de KNB de komende jaren afkoerst:

- (h)erkenning en waardering van de toegevoegde waarde van de notaris door de samenleving;
- het zijn van (kandidaat-)notaris is een aantrekkelijk en interessant beroep;
- vooroplopen bij de toepassing van informatie- en communicatietechnologie in de werkprocessen;
- de notaris vervult een spilfunctie in de samenleving waar het gaat om rechtszekerheid en vertrouwen. De notaris is werkzaam op nieuwe terreinen waarmee hij zijn toegevoegde waarde voor de samenleving waarmaakt, onder meer bij het ontwikkelen van nieuwe registratiefuncties;
- de beroepsgroep kent een grote diversiteit aan dienstverlening van hoge kwaliteit;

- de notaris faciliteert ook internationale verhoudingen en grensoverschrijdend verkeer van personen, goederen en diensten;

Deze ijkpunten hebben gemeen dat alles te maken hebben met de hanteerbaarheid van het recht in de praktijk en de rol van de notaris daarin.

d. Voorkomen van witwassen en terrorismefinanciering

Een belangrijk maatschappelijk thema dat ook politieke belangstelling geniet, is het terugdringen en voorkomen van witwassen en terrorismefinanciering. De notaris krijgt daarin een steeds belangrijker rol en heeft de plicht ongebruikelijke transacties te melden bij het Financial Intelligence Unit-Nederland (FIU-Nederland). Niet alleen de notaris in de ondernemingsrechtpraktijk heeft met deze wetgeving te maken. Ook de notaris die werkzaam is in de vastgoedpraktijk en notarissen die bij de afwikkeling van een nalatenschap bijvoorbeeld een registergoed moeten leveren, hebben een rol bij het voorkomen van witwassen. Snijder-Kuipers is vanuit de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie betrokken bij het implementatieproces van de Vierde Europese Witwasrichtlijn⁵⁸ die in mei van dit jaar is aangenomen en uiterlijk in juni 2017 in Nederland in de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme geïmplementeerd moet zijn. In diverse tijdschriften zijn publicaties⁵⁹ over dit onderwerp, waaronder een analyse van de Vierde Richtlijn⁶⁰ verschenen.

6. Conclusie

Binnen de onderzoekslijn Hanteerbaar privaatrecht heeft het onderzoek op het notariële rechtsgebied zich voornamelijk geconcentreerd op het familie(vermogens)recht en het vastgoedrecht en in mindere mate op het ondernemingsrecht. Op de eerste twee deelgebieden is op verschillende wijze invulling gegeven aan het thema hanteerbaarheid. Als rode draad zijn aan te merken de accenten op modernisering (een beter hanteerbare regeling door vernieuwingen) en functionaliteit van het recht in de praktijk (de faciliterende rol van het recht bij de processen die zich bij een optimale rechtsbedeling voltrekken).

Een voorbeeld van het eerste is het onderzoek naar de modernisering van het huwelijksvermogensrecht. De discussie concentreert zich daarbij rondom de vraag of de aanpassing van de algehele naar een beperkte gemeenschap praktisch hanteerbaar is. Een ander voorbeeld behelst het onderzoek naar de mogelijkheden om de betrouwbaarheid van de Basisregistratie Kadaster te verbeteren, door daarin verkrijgingen van onroerende zaken krachtens erfopvolging en verjaring te verwerken, die niet door belanghebbenden zelf zijn ingeschreven. Voorbeelden van het tweede zijn het WODC-onderzoek over het beheer van vermogens van minderjarigen door wettelijke vertegenwoordigers (betreffende het functioneren van onder meer deze vertegenwoordigers en de rechterlijke macht als toezichthouder) en het landelijke onderzoek naar samenlevingsovereenkomsten (de rol en functie van de samenlevingsovereenkomst als hanteerbaar instrument voor de regulering van affectieve relaties).

⁵⁸ Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015.

⁵⁹ B. Snijder-Kuipers, Wijzigingen in de witwaswetgeving, JBN 2010/59, p. 3-5, B. Snijder-Kuipers, A.T.A. Tillemans en N. Roetert Steenbruggen, Strengere eisen door nieuwe witwaswetgeving per 1 januari 2013!, TOP 2013/3, Nieuwe witwaswetgeving per 1-1-2013, WPNR 2013/6972, B. Snijder-Kuipers, A.T.A. Tillemans en N. Roetert Steenbruggen, Nieuwe witwaswetgeving per 1-1-2013, WPNR 2013/6972 en B. Snijder-Kuipers en A.T.A. Tillemans, aandachtspunten bij uitbesteding CDD, Tijdschrift voor Compliance 2015/1.

⁶⁰ B. Snijder-Kuipers en A.T.A. Tillemans, Vierde Witwasrichtlijn aangenomen; wat wijzigt? Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht 2015/7.

Teneinde de modernisering en de functionaliteit adequaat te kunnen onderzoeken, is op veel plaatsen mede gebruik gemaakt van de empirische onderzoeksmethode. Zo bevatten onder andere het onderzoek naar het vermogensbeheer bij minderjarigen en dat naar 'koude uitsluiting' bij gehuwden en ongehuwden empirische componenten. Het empirisch onderzoek werd vooral uitgevoerd aan de hand van questionnaires en diepte-interviews met standaardvragen, zoals met (vertegenwoordigers van) advocaten, notarissen en rechters. Maar ook zijn grootschalige enquêtes gehouden, waaronder bij alle gemeenten in Nederland in het kader van kadastrale registratie en bij alle notarissen in Nederland naar de praktijk van het maken van samenlevingsovereenkomsten.

Uit deze en andere onderzoeken onder de paraplu van hanteerbaarheid blijkt dat hanteerbaarheid geen dogma is, maar wel een noodzakelijke voorwaarde voor een goed functionerend rechtsbestel. Zij staat echter nimmer alleen. Rechtszekerheid, toegankelijkheid en voorspelbaarheid van het recht van het recht spelen een rol naast de hanteerbaarheid. Zou hanteerbaarheid het enige criterium zijn, dan zou bijvoorbeeld 'koude uitsluiting' als basisregime in het huwelijksvermogensrecht moeten gelden: hoogst hanteerbaar, maar om diverse redenen niet wenselijk als uitgangspunt.

Multidisciplinair onderzoek vergt samenwerking met andere wetenschapsgebieden; dat is een andere les die we hebben geleerd. Juristen en sociologen spreken niet dezelfde vaktaal. De manier van redeneren, het gehanteerde begrippenapparaat en de context van het onderzoek zijn niet hetzelfde. De derde lering die we daarbij hebben getrokken is dat samenwerking bovenal vergt om open te staan voor de andere manier van wetenschap bedrijven.

Naast multidisciplinair onderzoek is ook veel aandacht geschonken aan rechtsvergelijking. Vrijwel alle grotere studies en proefschriften bevatten stevige rechtsvergelijkende onderdelen. Dat heeft best veel opgeleverd, echter niet vaak in de zin van fundamentele oplossingen die zomaar kunnen worden toegepast in Nederland. De vierde les is dan ook dat rechtsvergelijking van betrekkelijke waarde is. Het is weliswaar vanuit wetenschappelijk oogpunt van grote waarde dat systemen worden beschreven en met elkaar vergeleken, hetgeen we ook als verrijkend ervaren, maar voor de verbetering van het recht in ons land en de processen die bij ons plaatsvinden, kan het hoogstens ideeën verschaffen en incidentele oplossingen voor concrete problemen aandragen. Het familierecht en het vastgoedrecht zijn vaak zo geworteld in de historie van een bepaald land en de juridische processen op beide terreinen hebben zich vanuit het verleden zo specifiek ontwikkeld met de aan het land eigen rolverdeling van actoren, dat elke verbetering gebonden is aan die land-specifieke eigenschappen.

Wie een blik op de toekomst werpt ziet een aantal ontwikkelingen die onvermijdelijk op ons afkomen en waarop het Notarieel Instituut Groningen zich in de toekomst ook zal richten. Zo zal in 2016 de multidisciplinaire Staatscommissie Herijking ouderschap een visie ontwikkelen op en advies geven over een samenhangende wettelijke regeling van de verhouding tussen juridische, biologische en sociale ouders en de kinderen die door hen worden verzorgd en opgevoed. Waarschijnlijk tegelijk met dit rapport zal ons rapport over het beheer van vermogens van minderjarigen door wettelijke vertegenwoordigers worden gepubliceerd. Modernisering van het huwelijksvermogensrecht zal implementatie vergen. De gedachtevorming in de Tweede Kamer over modernisering van het familierecht is ook op andere terreinen op gang gekomen, met name de positie van de tweerelaties anders dan huwelijk of geregistreerd partnerschap. In het vastgoedrecht zal het grote, vanuit

Groningen gecoördineerde project inzake modernisering van Boek 5 BW aandacht vragen. Ook de consequenties van verdere digitalisering van privaatrechtelijke processen en van de dienstverlening door de notaris zal hanteerbaarheidsvragen opwerpen waarop het Notarieel Instituut Groningen zich in de toekomst zal richten.

Hanteerbaarheid vormt een belangrijke toetssteen voor bestaand (functionerend) en toekomstig (te moderniseren) recht, welke toetssteen bij het notariële onderzoek in de afgelopen periode een prominente plaats heeft ingenomen. Het Notarieel Instituut Groningen zal zich ook in de toekomst deze lijn van onderzoek voortzetten. Er zijn genoeg thema's binnen de drie genoemde aandachtsgebieden, die het de moeite waard maken om in de context van hanteerbaar privaatrecht onderzoek naar te verrichten.